

# Rentebetalinger på konserninterne lån fra utlandet – en modell for eliminasjon av norsk skatt?

Kandidatnummer: 739

Leveringsfrist: 25. april 2013

Antall ord: 15 785



## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Presentasjon av tema .....	1
1.2	Den videre fremstilling .....	3
<b>2</b>	<b>TAPPING AV NORSK OVERSKUDD GJENNOM INTERNASJONALE FINANSIERINGSKONSTRUKSJONER.....</b>	<b>4</b>
2.1	Holdingselskapers rentebetalinger til utlandet på konserninterne lån – en modell for eliminasjon av norsk skatt?.....	4
2.2	Internasjonal utvikling .....	7
2.3	Forholdet til EØS-avtalen .....	12
2.4	Ikke diskriminering etter skatteavtalen – modellavtalen art. 24.....	15
<b>3</b>	<b>TYNN KAPITALISERING.....</b>	<b>17</b>
3.1	Innledende bemerkninger .....	17
3.2	Tre hovedproblemstillinger .....	18
3.2.1	Klassifikasjonsspørsmålet .....	18
3.2.2	Kapitalstrukturspørsmålet .....	19
3.2.3	Rentesatsspørsmålet .....	19
3.3	Gir reglene om tynn kapitalisering hjemmel for å nekte rentefradrag på konserninterne lån fra utlandet? .....	20
3.4	Når vil det norske selskapet B være tynt kapitalisert som følge av konserninternt lån fra selskap A? .....	23
3.5	I hvilken grad kan reglene om tynn kapitalisering ivareta det norske skattegrunnlaget? .....	27
<b>4</b>	<b>GRUNNLAG FOR ULOVFESTET GJENNOMSKJÆRING? .....</b>	<b>28</b>
4.1	Ulovfestet gjennomskjæring - generelt.....	28

4.1.1	Omgåelsesnormen – rettsgrunnlag og hovedtrekk .....	28
4.1.2	Nærmere om grunnvilkåret: det hovedsakelige formålet med disposisjonen må ha vært å spare skatt .....	29
4.1.3	Nærmere om totalvurderingen – disposisjonen(e) må ut fra en totalvurdering stride mot skattereglenes formål .....	30
4.2	Er grunnvilkåret oppfylt?.....	31
4.2.1	Innledning .....	31
4.2.2	Utgangspunktet – et bevisspørsmål.....	32
4.2.3	Aktuelle motivasjoner .....	32
4.2.4	Grunnlag for å behandle et direkte oppkjøp ulikt?.....	39
4.2.5	Sammenfatning .....	39
4.3	Totalvurderingen - forholdet til skattereglenes formål.....	39
4.3.1	Innledning .....	39
4.3.2	Strider fradragsretten for norske holdingselskapers rentebetalinger til utlandet på konserninterne lån mot rentefradragsreglens formål? .....	41
4.3.3	Strider fradragsretten mot formålet bak konsernbidragsreglene? .....	49
4.3.4	Grunnlag for å behandle etterfølgende reorganisering ulikt? .....	53
4.4	Forholdet til skatteloven § 14-90.....	53
4.4.1	Er sktl. § 14-90 anvendelig?.....	53
<b>5</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER .....</b>	<b>56</b>
5.1	Rettspolitiske betraktninger .....	56
5.2	Finansdepartementets forslag til ny lovregulering .....	58
<b>6</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>59</b>

## 1 INNLEDNING

### 1.1 Presentasjon av tema

Aksjeselskaper er finansiert ved to typer kapital, egenkapital og fremmedkapital. Selskapets sammensetning av finansiering avhenger normalt av en kostnadseffektiv tilpasning til den aktuelle forretningsrisikoen. Som regel vil aksjonær- og debitorinteresser være plassert på forskjellige hender. I konserner kan imidlertid fraværet av slike interessemotsetninger medføre at andre hensyn er utslagsgivende ved valg av finansiering. Sentralt i denne sammenheng er at det etter sktl. § 6-40 gis full fradragsrett for ”renter av skattyters gjeld”. Tilsvarende fradragsregler er ikke gitt for egenkapital. Videre vil tap på fordring kunne fradragsføres, forutsatt at fordringen har tilstrekkelig tilknytning til kreditors virksomhet, jf sktl. § 6-2.<sup>1</sup>

Hvorvidt det er skattemessig fordelaktig for et selskap at kapitalen klassifiseres som fremmed- eller egenkapital, beror på de konkrete omstendigheter. Ved transaksjoner innenfor norsk konsernstruktur vil den symmetriske effekten i skattereglene ofte medføre at en eventuell skattefordel for et selskap oppveies av ulempene for et annet. Derimot vil ulikheter i andre lands skatteregimer og skatteavtaler kunne åpne for fordeler ved konsernstrukturer der ett eller flere selskaper i konsernet er plassert i utlandet. Den skattemessige forskjellsbehandlingen av egenkapital og gjeld gir derfor et særlig incitament til å foreta skattemotiverte valg av finansieringsform innenfor internasjonale konsern.<sup>2</sup>

Slik skatteplanlegging kan være både akseptabel og legitim. I utgangspunktet står et selskap fritt til å foreta valg av finansieringsform uten at ligningsmyndighetene er berettiget til å overprøve denne hensiktsmessighetsvurderingen.<sup>3</sup> Det er likevel en grense for når tilpasningen blir en uakseptabel omgåelse, særlig gjelder dette for tilfeller der den

---

<sup>1</sup> Jenssen (2011) s. 140.

<sup>2</sup> Matre (2011) s. 6–9.

<sup>3</sup> Naas et al (2011) s. 1102.

privatrettslige formen skattyteren har valgt, har liten eller ingen økonomisk realitet utover å spare skatt.<sup>4</sup>

Rettssituasjonen knyttet til rentefradrag på lån mellom konsernselskap har den siste tiden vært gjenstand for debatt både i litteraturen og i media,<sup>5</sup> fordi enkelte internasjonale selskaper i Norge ender opp med å betale lite eller ingen ting i skatt. Problemstillingen presenteres som en urovekkende utfordring for norsk skatterett i Ole Gjems-Onstads nye utgave av Norsk Bedriftsskatterett,<sup>6</sup> og Finansdepartementet har varslet lovforslag for å motvirke uønsket uthuling av skattegrunnlaget.<sup>7</sup> I mellomtiden har skattemyndighetene i enkeltsaker varslet ulovfestet gjennomskjæring med ønske om å nekte fradrag for renteutgiftene.<sup>8</sup>

Effekten de internasjonale konsern kan oppnå ved gjeldsstrukturering er så omfattende at det er grunn til å vie temaet spesiell oppmerksomhet. Et sentralt spørsmål er hvorvidt de norske skattereglene gir tilstrekkelig mulighet til å demme opp mot en slik uthuling av skattegrunnlaget. I denne avhandling drøftes hvorvidt norske selskapers fradragsrett for rentebetalinger på konserninterne lån til utlandet kan avskjæres med grunnlag i reglene om tynn kapitalisering og den ulovfestede gjennomskjæringsregel. I forlengelsen av dette vurderes også hvorvidt det er behov for nye regler og hvilke problemer slike eventuelt vil medføre. Oppgaven vil fokusere på norske aksjeselskaper og aksjeselskaper hjemmehørende i utlandet. Det avgrenses således mot andre selskapsformer.

---

<sup>4</sup> Zimmer/BAHR (2010) s. 53.

<sup>5</sup> Se blant annet Kjørholt, Dagsavisen (25. januar 2013) og Bjerkholt, Dagens Næringsliv (30. januar 2013), Viseth, NRK.no (23. januar 2013), Sættem, NRK.no (23. januar 2013).

<sup>6</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 49.

<sup>7</sup> Finansdepartementets pressemelding (1. februar 2013).

<sup>8</sup> Liland (2010) s. 16.

## **1.2 Den videre fremstilling**

Oppgaven er delt opp i tre hoveddeler. Del 1 tar for seg en modell internasjonale konserner kan benytte for å oppnå lav eller ingen beskatning ved kjøp av et operativt selskap i Norge. Videre belyses den internasjonale utviklingen på området, samt forholdet til EØS-avtalen og skatteavtalene. Del 2 tar for seg tynn kapitalisering, og hvorvidt disse reglene gir hjemmel til – og er egnet til – å begrense rentefradraget på lån fra nærstående selskaper i utlandet. Den siste hoveddelen tar for seg den ulovfestede gjennomskjæringsnormen og spørsmålet om denne gir adgang til å begrense rentefradaget. Avslutningsvis følger noen rettspolitiske betraktninger om hvorvidt det gjeldende regelverket er egnet til å ivareta det norske skatteproveny, samt hovedtrekkene i finansdepartementets nye høringsnotat der det foreslås en lovfestet regel som begrenser retten til fradrag for interne rentekostnader.

## 2 TAPPING AV NORSK OVERSKUDD GJENNOM INTERNASJONALE FINANSIERINGSKONSTRUKSJONER

### 2.1 Holdingselskapers rentebetalinger til utlandet på konserninterne lån – en modell for eliminasjon av norsk skatt?

Tross konsernselskapers faktiske, økonomiske og rettslige fellesskap er utgangspunktet i norsk rett at hvert enkelt selskap er et selvstendig subjekt både selskapsrettslig og skatterettslig. Dette innebærer at alle transaksjoner som foretas internt mellom konsernets selskaper, i utgangspunktet må oppfylle de samme krav som enhver annen uavhengig transaksjon, jf. blant annet Rt. 1997 s. 1646 og Rt. 2002 s. 1247.<sup>9</sup> Som ellers i selskapsskatteretten gjelder ”at formen her netop er realiteten” jf. Rt. 1927 s. 506. Samtidig er prinsippet om nøytralitet, at ulike former for organisering og eierform bør beskattes mest mulig likt, et grunnleggende prinsipp i norsk skatterett.<sup>10</sup> Uten særregler for konsernselskaper ville et overskuddsselskap i et konsern bli skattlagt for sitt overskudd, mens et eventuelt underskuddsselskap ikke ville fått tilsvarende tilbakebetaling for verdien av underskuddet. Hadde selskapet derimot vært organisert med flere avdelinger i ett og samme selskap, ville selskapet fått fradrag i overskudd i en avdeling for underskudd i en annen avdeling, jf. sktl. § 6-3 første ledd. Hensynet til nøytralitet har derfor ført til egne særregler i sktl. §§ 10-2 til 10-4 som tillater selskaper innen et skattekonsern med skattemessig virkning å overføre konsernbidrag til hverandre.<sup>11</sup>

Selskaper kan gjennom den generelle fradragsretten for gjeldsrenter i sktl. § 60-40 og de ovennevnte konsernbidragsreglene organiseres - og foreta transaksjoner seg imellom - som resulterer i at de betaler lite eller ingen skatt av sitt overskudd i Norge. Ettersom den norske selskapsskatten er høy i forhold til mange andre land, vil det være en fordel for konsernene å ha lave inntekter og høye kostnader i den norske delen av virksomheten, mens inntektene

---

<sup>9</sup> Zimmer/BAHR (2010) s. 431.

<sup>10</sup> Zimmer (2009a) s. 33.

<sup>11</sup> Zimmer/BAHR s. 432-433 og Ot.prp. nr. 1 (2005–2006) pkt. 16.3.

kanaliseres til land med lavere skatteprosent. Hvorvidt det betales skatt i utlandet vil blant annet bero på hvor kreditor i låneavtalen er lokalisert. Dersom selskapet er lokalisert i et land som ikke, eller bare i liten grad skattlegger renteinntekter opptjent i utlandet, vil resultatet fort bli at ingen av selskapene betaler skatt av overskuddet. Slike lavskatteland blir ofte benyttet i internasjonal skatteplanlegging.<sup>12</sup>

Skatteplanlegging gjennom konserninterne gjeldskonstruksjoner kan for eksempel gjennomføres på følgende måte: Et selskap (selskap A) etablerer et datterselskap i Norge (selskap B). Selskap B kjøper så et lokalt selskap (selskap C) med aktiv næringsvirksomhet. Oppkjøpet finansieres gjennom lån fra morselskapet. Lånet til selskap B er så stort at rentene omtrent tilsvare overskuddet på NOK 50 millioner i selskap C. Fordi Selskap B nå eier 100 % av aksjene i selskap C foreligger et skattekonsern etter sktl. § 10-4. Selskap C yter så et konsernbidrag på NOK 50 millioner til selskap B. Overskuddet i selskap C er dermed NOK 0, og skattekostnadene tilsvarende. Forutsatt at selskap B ikke har andre inntekter eller utgifter, har selskapet rentekostnader på NOK 50 millioner på lånet fra selskap A og dermed et underskudd. Konsernbidraget (som i og for seg er skattepliktig inntekt) avregnes mot det fremførbare underskuddet og en oppnår en nettoinntekt på NOK 0. Derfor blir inntekten selskapet oppnår gjennom konsernbidraget heller ikke skattbar for dette selskapet.

Dersom kreditor i låneavtalen (selskap A) også er skattepliktig til Norge, vil effekten av det ubegrensede rentefradraget bli symmetrisk, ved at kreditor beskattes tilsvarende for renteinntekten. Mange land tilbyr imidlertid lav eller overhodet ingen inntektsskatt. Slik blir det for internasjonale konserner lett å unngå denne symmetriske effekten.<sup>13</sup> Forutsetter vi at Selskap A er plassert i et slikt lavskatteland, er det ingen av selskapene som betaler noe skatt av betydning på overskuddet i det norske selskapet.<sup>14</sup> For det tilfelle at selskap A

---

<sup>12</sup> Zimmer (2009b) s. 41.

<sup>13</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 50.

<sup>14</sup> Se Bjerkholt (2013), Gjems-Onstad (2012) s. 49 og Liland (2010) s. 16 for lignende fremstillinger.



ikke er lokalisert i et lavskatteland, men skattelegges for renteinntektene fra Norge, vil slike konstruksjoner likevel utgjøre en bekymring fra norsk fiskal side. Også da vil den norske staten gå glipp av beskatningsretten på inntekter opptjent i Norge. Fra skattyters side vil imidlertid konstruksjonen ikke fremstå som like fristende, med mindre skattesatsen i selskap As hjemland likevel er lavere enn i Norge.

Samme effekt kan også oppnås i tilfeller der oppkjøpet av selskap C skjer direkte fra utlandet, og hvor det senere foretas en etterfølgende reorganisering. Det utenlandske kjøperselskapet overfører da aksjene i det operative selskap C til et nystiftet eller eksisterende selskap B som finansierer kjøpet gjennom lån fra sitt utenlandske morselskap eller annet utenlandsk konsernselskap. Også her vil renteutgiftene som det norske selskap B betaler til det utenlandske konsern- eller morselskapet kunne dekkes ved konsernbidrag som mottas fra det oppkjøpte selskap C (som selv fradragfører bidraget).<sup>15</sup> På denne måten foreligger ingen norsk skattlegging av inntekter skapt i Norge.

Bak selskap A kan det imidlertid stå aksjonærer som er hjemmehørende i høyskatteland. Først dersom disse ikke kan skattelegges, vil resultatet bli at verken konsernets selskaper eller aksjonærer har betalt skatt av oppkjøpet. Selskap A er i utgangspunktet rett subjekt for inntekten, og skatteplikt for aksjonærene blir det normalt først tale om når selskapet deler ut aksjeutbytte eller aksjonærene selger aksjer. Dette kan skje først etter flere år, eller kanskje aldri. I praksis har det også vist seg mulig å anvende alternative metoder for å unngå skatteplikt ved overføring til aksjonæren. Selskapet kan for eksempel låne ut selskapsoverskuddet eller overføre overskuddet i andre inntektsformer som er gunstigere behandlet.<sup>16</sup> For å hindre at aksjonærer bruker utenlandske aksjeselskaper i skatteparadiser som "sparekonto", er det innført såkalte CFC-regler (Controlled foreign corporations), som tilsvarer de norske NOKUS-reglene (NOrsk-Kontrollert Utenlandsk Selskap) i sktl §§ 10-

---

<sup>15</sup> Liland (2010) s. 17.

<sup>16</sup> Zimmer (2009b) s. 43–44.

60 til 10-68.<sup>17</sup> Etter disse reglene skattlegges aksjonærene løpende for sin andel av selskapets inntekt, uavhengig av om inntekten utdeles som utbytte. Til gjengjeld blir utbytte ikke skattlagt ved utdeling. For at reglene skal komme til anvendelse må imidlertid visse vilkår være oppfylt. Vilkårene er noe ulike i de enkelte landene, og ikke sjelden er aksjonærer med mindre eierandel ikke omfattet av skatteplikten.<sup>18</sup> Også CFC-reglene kan omgås ved skatteplanlegging, og resultatet ved konserninterne gjeldskonstruksjoner kan dermed bli at ingen betaler noe skatt av betydning for oppkjøpet av selskap C.

## 2.2 Internasjonal utvikling

*“You're either running the business badly or there is a fiddle going on.”<sup>19</sup>*

Sitatet ovenfor knytter seg til en uttalelse fra parlamentsmedlem Austin Mitchell til finansdirektør Troy Alstead i Starbucks-konsernet under en høring i det britiske parlamentet 12. november 2012. Finansdirektøren blir grillet om hvordan selskapet han leder kan hatt en omsetning på flere milliarder pund i året, åpnet 735 utsalgssteder, men likevel bare hatt en samlet skattebelastning på 8,6 millioner pund siden det britiske datterselskapet ble etablert i Storbritannia i 1998. Høringen kom som følge av en rekke avslørende artikler fra nyhetsbyrået Reuters vedrørende skatteplanlegging i store internasjonale foretak. Etter fire måneders granskning fant journalistene frem til skattetall for en rekke store internasjonale foretak, deriblant Google, Microsoft og Starbucks. Felles for disse selskapene var skyhøye omsetningstall og uforholdsmessig lave skattekostnader.<sup>20</sup>

Toppledere i Starbucks fortalte investorer at de har en driftsmargin på omlag 15 prosent.<sup>21</sup> Et selskaps driftsmargin er forholdet mellom driftsresultat og omsetning. Med en driftsmargin på 15 prosent, innebærer dette at Starbucks har hatt en fortjeneste på 15

---

<sup>17</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 1004.

<sup>18</sup> Zimmer (2009b) s. 43–44.

<sup>19</sup> Bergin (2012a).

<sup>20</sup> Bergin (2012a).

<sup>21</sup> Bergin (2012b).

prosent av selskapets omsetning. Likevel viste avsløringen at Starbucks kun har vært i skatteposisjon én gang de siste 15 årene i Storbritannia.<sup>22</sup>

Saken er et godt eksempel på et internasjonalt konsern som gjennom skatteplanlegging reduserer skattebyrden i høyskatteland, her Storbritannia. Flere metoder for skatteplanlegging var benyttet, deriblant rentefradrag på konserninterne lån. Saken skapte sterke reaksjoner blant publikum i Storbritannia. Truet av boikott fra kunder og okkupering av kafeer, krøp Starbucks til korset med en frivilling innbetaling til statskassen på 20 millioner pund. Kritikerne konkluderte med at selskapsskatten for multinasjonale konserner nå var blitt en frivillig sak.<sup>23</sup>

Spørsmålet om slike modeller eller strukturer skal godtas skattemessig har i økende grad vært gjenstand for diskusjon de siste årene. Temaet har blant annet blitt inngående behandlet på Congress of the International Fiscal Association i Brussel i 2008 under emne 2: "New tendencies in the tax treatment of cross-border interest of corporations"<sup>24</sup> og i OECDs rapport "Addressing Base Erosion and Profit Shifting" utarbeidet i 2013.

I stadig flere land har denne type strukturer blitt ansett som utslag av uakseptabel skatteplanlegging. I flere land er det introdusert regler om tynn kapitalisering og enkelte land har også erstattet eller supplert disse reglene med generelle regler for maksimale rentefradrag. Det dreier seg særlig om regler som begrenser fradragsretten til en prosentandel av selskapets inntjening før renter og skatt (EBIT) og/eller til verdien av selskapets eiendeler. Slike generelle rentefradragsbegrensninger var i 2008 introdusert i 75 % av EU-landene, mot 30 % fem år tidligere.<sup>25 26</sup>

---

<sup>22</sup> Bjerkholt (2013).

<sup>23</sup> Bjerkholt (2013).

<sup>24</sup> Cashiers de droit fiscal international, Vol. 93b, 2008, 62nd Congress of the International Fiscal Association, Brussels 2008 "New Tendencies in the tax treatment of cross-border interest of corporations".

<sup>25</sup> Liland (2010) s. 18.

Tyskland er et eksempel på et land som i 2008 erstattet sine regler om tynn kapitalisering med generelle regler om begrenset rett til fradrag for gjeldsrenter. Fradragsretten er nå begrenset til 30 % av EBITDA (earnings before interest, tax, depreciation and amortisation). Begrensningen gjelder likevel ikke tilfeller hvor netto rentekostnader ikke overstiger EUR 3 millioner, hvor lånetakeren ikke inngår i et konsern, eller hvor lånetakeren har en egenkapitalandel som tilsvarer konsernets konsoliderte egenkapitalandel. Ikke-fradragsberettigede rentekostnader omklassifiseres ikke til utbytte, men kan fremføres uten tidsbegrensning.<sup>27</sup> Også ”ubrukt” fradragskvote kan fremføres, men med en tidsbegrensning på fem år. Lignende regler er nylig innført i Italia, Portugal, Spania og Frankrike.<sup>28</sup>

Danmark innførte regler om tynn kapitalisering i 1998. Etter disse reglene kan selskaper ikke fradragsføre renter på gjeld som overstiger 10 millioner danske kroner og som samtidig overstiger fire ganger selskapskapitalen. Begrensningen gjelder bare for interne lån, og avskårede renter er ikke fremførbart. Regelsettet ble ikke ansett tilstrekkelig til å hindre svært aggressiv skatteplanlegging, og i 2007 ble det innført to nye sett regler som begrenser gjeldsrentefradraget. Den første nye regelen setter et tak på selve rentefradraget (”renteloft”). Begrensningen gjelder for rentekostnader som overstiger DK 21,3 millioner og gir fradrag for rentekostnader begrenset til verdien av selskapets eiendeler multiplisert med en standardisert sats. I 2013 er denne satsen på 3 prosent av skattemessig verdi av selskapets aktiva. Ubenyttet fradrag kan ikke fremføres. Etter den andre regelen kan et

---

<sup>26</sup> Pascal Hanny, Generalrapport vedrørende emne 2: New Tendencies in the tax treatment of cross-border interest of corporations, i *Cashiers de droit fiscal international*, Vol. 93b, 2008, 62nd Congress of the International Fiscal Association, Brussels 2008, side 23.

<sup>27</sup> Liland (2010) s. 19 og Andreas Striegel, Tysk nasjonalrapport vedrørende emne 2: New Tendencies in the tax treatment of cross-border interest of corporations, i *Cashiers de droit fiscal international*, Vol. 93b, 2008, 62nd Congress of the International Fiscal Association, Brussels 2008, side 317.

<sup>28</sup> Finansdepartementet, høringsnotat (2013).

selskap kun redusere sin EBIT (earnings before interest and tax) som følge av netto rentekostnader med maksimalt 80 %. Rentekostnader som ikke er fradragsberettiget etter denne regelen kan fremføres til senere år.<sup>29 30</sup>

I Sverige trådte nye regler med begrensninger i fradragsretten for rentekostnader i konsernforhold i kraft januar 2009. Etter disse reglene er utgangspunktet at svenske selskaper ikke får fradrag for rentekostnader på lån tatt opp for å finansiere konserninterne aksjekjøp. Fra januar 2013 ble reglene utvidet til å gjelde alle lån mellom tilknyttede selskaper. Tilknyttede selskaper er selskaper som direkte eller indirekte gjennom eierskap eller på annen måte har betydelig innflytelse over det andre selskapet. Selskaper som primært er under felles ledelse, regnes også som tilknyttede selskaper.<sup>31</sup>

Fra hovedregelen om at selskaper ikke innrømmes rentefradrag på lån fra tilknyttede selskaper, er det oppstilt to unntak. Det første unntaket gjelder tilfeller hvor mottakeren av rentene blir skattlagt med en skattesats på minimum 10 %. Dersom selskapene kan godtgjøre at gjelden ikke ble etablert hovedsakelig for å oppnå en betydelig skattefordel, gis det likevel fradrag for gjeldsrentene. Dette innebærer at dersom gjelden er pådratt for å oppnå en betydelig skattefordel, er renteutgiftene likevel ikke fradragsberettiget til tross for at tilsvarende renteinntekter har vært gjenstand for 10 % skatt eller mer. Et hovedformål sies å foreligge når mer en 75 % av formålet med lånet er å oppnå en betydelig skattefordel.<sup>32</sup>

Det andre unntaket gjelder tilfeller hvor mottakeren av renteinntektene skattlegges med en skattesats *under* enn 10 %. Dersom det kan påvises at det hovedsakelig foreligger forretningsmessig begrunnelser både for aksjekjøpet og gjelden, gis det likevel fradrag for

---

<sup>29</sup> Liland (2010) s. 19.

<sup>30</sup> Finansdepartementet, høringsnotat (2013).

<sup>31</sup> Graner (2013).

<sup>32</sup> Graner (2013).

gjeldsrentene. Ved vurderingen av hvorvidt det foreligger et forretningsmessig formål, skal det blant annet tas hensyn til hvorvidt kapitalinnskuddet kunne blitt gitt som egenkapital. Unntaket gjelder imidlertid bare dersom mottakeren av rentene er hjemmehørende i EØS eller i et land hvor Sverige har dobbel skatteavtale.<sup>33</sup>

Både reglene fra 2009 og dagens regler om begrensninger i fradragsretten er blitt kritisert. Blant annet er det reist spørsmål om hvorvidt reglene er forenlige med EU-retten. Den svenske kommisjonen mener at det er usannsynlig at nasjonale konserninterne lån noen gang vil bli ansett for å ha blitt etablert med det formål å oppnå en betydelig skattemessig fordel. I praksis vil reglene derfor bare ramme renter til selskaper som ikke er hjemmehørende i Sverige. Kommisjonen har hevdet at reglene utgjør en indirekte diskriminering for selskaper som ikke er bosatt i Sverige og dermed er i strid med den frie etableringsretten. Videre er det blitt hevdet at reglene rammer flere tilfeller enn det som er ønskelig, at bevisbyrden er problematisk og at reglene ikke oppfyller kravene til rettssikkerheten.<sup>34</sup> Endelig antas reglene å være krevende å håndheve, blant annet fordi det er nødvendig med god kjennskap til lovverket i andre land.<sup>35</sup>

Før disse reglene ble innført ble det avsagt en rekke domstolsavgjørelser med utgangspunkt i den såkalte Skatteflyktslagen. Avgjørelsene dreide seg om rentebetalinger på konserninterne lån etter innenlandske reorganiseringer, og har klare paralleller til tilfeller med rentebetalinger på konserninterne lån fra utlandet. Ikke i noen av tilfellene kom domstolen til at rentefradraget kunne begrenses.<sup>36</sup> Avgjørelsene vil bli omtalt nærmere under punkt 4.3.2.

---

<sup>33</sup> Graner (2013).

<sup>34</sup> Möllefors (2013).

<sup>35</sup> Finansdepartementet, høringsnotat (2013) s. 14.

<sup>36</sup> Liland (2010) s. 19–20.

Som gjennomgangen viser, varierer reglene mye mellom de ulike landene. En felles tendens er likevel at land har gått bort fra de tradisjonelle reglene om tynn kapitalisering, og gått mer i retning av begrensninger av rentefradrag ut fra størrelsen på selskapets resultat eller ut fra hvordan renteinntektene skattelegges i landene der de mottas. De svenske reglene retter seg for eksempel mot begrensning av rentekostnader i tilfeller der renteinntektene skattelegges lavt. De tyske og danske reglene er i større grad sjablongregler, som begrenser rentefradraget som en andel av en regnskapsmessig eller skattemessig størrelse. Ved valg av regler i norsk rett, er det nærliggende å bygge på andre lands erfaringer. Finansdepartementet har i sitt høringsnotat foreslått sjablongregel ettersom en slik regel både vil være enklere å utforme og håndheve enn mer skjønnsbaserte regler.<sup>37</sup>

### 2.3 Forholdet til EØS-avtalen

Når vi vet at internasjonale konserner benytter seg av den generelle rentefradragsregelen i sktl. § 6-40 for å redusere sine skattekostnader, kan det reises spørsmål om ikke lovgiver kan begrense disse selskapenes rett til rentefradrag ved konserninterne lån fra utlandet. For alle EUs medlemsland er svaret nei.

EØS-avtalen er inkorporert i norsk rett gjennom EØS-loven § 1. Ved motstrid skal den gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold, jf. § 2. Selv om skatteområdet som sådant i utgangspunktet faller utenfor EØS-avtalen, er det likevel fastslått at EFTA-landene i EØS ved utøvelsen av sin beskatningskompetanse må overholde EUs regelverk på de områder som EØS-avtalen gjelder, jf. blant annet sak E-01/04 Fokus.<sup>38</sup>

Et grunnleggende prinsipp i EU-traktaten og EØS-avtalen er at det mellom medlemslandene skal eksistere et indre marked, der det tilrettelegges for fri bevegelse av personer, varer, tjenester og kapital. Dersom et av medlemslandene oppstiller krav som hindrer, eller kan hindre eller vanskeliggjøre den frie bevegelse, kan dette anses som en

---

<sup>37</sup> Finansdepartementet, høringsnotat (2013) s. 14–15.

<sup>38</sup> Sak E-01/04 Fokus Bank, premiss 20.

”restriksjon” i EU-rettslig forstand. Slike restriksjoner er i utgangspunktet i strid med EØS-avtalen. Etter EU-domstolens praksis synes det å være en restriksjon dersom en skatteregel behandler en sammenlignbar grenseoverskridende aktivitet strengere enn en innenlandsk.<sup>39</sup>

I sak C-311/97 Royal Bank of Scotland uttalte EU-domstolen:

*“It is settled case-law that discrimination consists in the application of different rules to comparable situations or in the application of the same rule to different situations”*<sup>40</sup>

Norge har dermed fraskrevet seg retten til å gi skatteregler som begrenser norske selskapers fradragsrett ved lån fra utenlandske (EU- og EØS-) selskaper uten at tilsvarende regler også gjelder for lån fra norske selskaper. Skal det lages bestemmelser som primært søker å hindre at internasjonale konserner utnytter rentefradraget gjennom skatteplanlegging, må bestemmelse også begrense norske selskapers rett til rentefradrag.<sup>41</sup>

Hvorvidt reglene om ubegrenset fradrag for gjeldsrenter bør opprettholdes, kan imidlertid alltid diskuteres. Utgangspunktet er at for selskaper utgjør renter en kostnad, selv om lånet kommer fra et morselskap, se blant annet regnskapsloven § 6-1 nr. 17. Det generelle fradraget er i dag delvis begrunnet i symmetrihensyn fordi renteinntekter alltid er skattepliktige og dels i hensyn til at det er praktisk vanskelig å bestemme og kontrollere til hvilke formål et lånebeløp benyttes.<sup>42</sup>

Som nevnt er generelle bestemmelser som begrenser fradraget for gjeldsrenter nå kommet i Sverige og Danmark. I forsøk på å opprettholde de nasjonale selskapers helt legitime rett til rentefradrag, er reglene blitt svært kompliserte. Gjems-Onstad spekulerer i om denne EØS-

---

<sup>39</sup> Carlsen (red.) s. 1228.

<sup>40</sup> Sak C-311/97 Royal Bank of Scotland, premiss 26.

<sup>41</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 50.

<sup>42</sup> Zimmer (2009a) s. 210.



kompleksiteten kan være en av årsakene til at Finansdepartementet har ventet så lenge med å fremme forslag om regelendringer i Norge.<sup>43</sup>

Andre endringer i den interne retten, for eksempel illeggelse av kildeskatt på gjeldsrenter ut av Norge, vil heller ikke kunne hjelpe. Pr i dag har de færreste land kildeskatt på renter. Uansett ville det i alle tilfelle være helt uproblematisk for et multinasjonalt foretak å finne skatteavtaler blant de over 80 avtalene Norge har inngått, som ikke gir adgang til kildeskatt på renter. På markedet finnes flere dataprogrammer som lett kan kombinere forskjellige lands internrett og skatteavtaler for å vise hvordan man kan unngå denne type kildeskatt (såkalt treaty shopping).<sup>44</sup> Teknikken består i å etablere et selskap i en stat med gunstig skatteavtale, for deretter å kanalisere inntekten gjennom dette selskapet og eventuelt til dets eiere i en tredje stat. Betalingsstrømmen ”rutes” via selskaper i land med gunstig skatteavtalenettverk. Ethvert slikt opplegg vil imidlertid ikke være holdbart; i stadig økende utstrekning tas det inn bestemmelser i skatteavtalene som skal sikre at disse tilpasningene også har en viss økonomisk realitet.<sup>45</sup> Slike bestemmelser omtales ofte som ”limitation of benefits”-klausuler eller ”LOB-klausuler”, og innebærer en lovfesting av tilfeller hvor skattyteren kan nektes fordeler som ordinært følger av skatteavtalens bestemmelser. En slik bestemmelse finnes verken i modellavtalen eller i norsk rett, og foreløpig er adgangen til å gripe inn mot ”treaty shopping” omdiskutert.<sup>46</sup>

Hva gjelder konsernbidragsreglene, utelukker EØS-avtalen regler som begrenser adgangen til å yte konsernbidrag hvis ett eller flere selskaper er eiet av utenlandske selskaper hjemmehørende i land innenfor EØS.<sup>47</sup> For at et selskap skal være et såkalt ”EØS-selskap” behøver ikke aksjonærene i selskapet å være hjemmehørende i et EU/EØS-land.

---

<sup>43</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 50.

<sup>44</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 50.

<sup>45</sup> Zimmer/BAHR (2010) s. 51.

<sup>46</sup> Naas et al (2011) s. 1280–1281.

<sup>47</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 50.

Avgjørende er hvorvidt selskapet etter vedkommende lands internrett og skatteavtaler anses hjemmehørende i vedkommende land, jf Finansdepartementets uttalelse inntatt i Utv. 2006 s. 485.

Også reglene om tynn kapitalisering forutsetter lik anvendelse på norske og utenlandske kreditorselskaper for ikke å stride mot EØS-avtalens regler om ikke-diskriminering og fri etablering. Forholdet mellom etableringsretten og nasjonale regler som motvirker tynn kapitalisering var oppe for EU-domstolen i Sak C-324/00 Lankhorst-Hohorst. Saken gjaldt Tysklands lovfestede regler om tynn kapitalisering som behandlet kreditorer hjemmehørende i Tyskland som ytet lån til debitorer hjemmehørende i Tyskland bedre enn utenlandske kreditorer. Regelen var utformet på en slik måte at omklassifisering i praksis ikke ville kunne skje på innenlandske lån. EU-domstolen konkluderte med at dette var en forskjellsbehandling av hjemmehørende og ikke-hjemmehørende kreditorer som innebar en ulovlig hindring av etableringsretten. Hensynet til sammenhengen i skattesystemet ble ikke ansett relevant, og hensynet til effektiv skattekontroll kunne ikke begrunne en restriksjon så lenge det forelå avtale om informasjonsutveksling mellom de involverte parter. Det tyske datterselskapet måtte derfor behandles som om långiver hadde vært hjemmehørende i Tyskland.<sup>48</sup> Norge har dermed ikke anledning til å endre sktl. § 13-1 slik at reglene er gunstigere for norske kreditorselskaper i forhold til utenlandske.

#### **2.4 Ikke diskriminering etter skatteavtalen – modellavtalen art. 24**

Også utenfor EØS eksisterer et forbud mot visse typer diskriminering av utenlandske skattytere. Forbudet er hjemlet i modellavtalens art. 24 og oppstiller rammer for hvordan beskatningen kan gjennomføres i avtalestatene ved anvendelse av statenes interne skatteregler. Bestemmelsen forbyr ikke diskriminering generelt, men oppstiller forbud mot visse typer diskriminering, deriblant forbud mot diskriminering i forbindelse med betaling av renter og royalty mv. til en person bosatt i den andre avtalestaten, jf. art. 24 (4).<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Naas et al (2011) s. 1126.

<sup>49</sup> Naas et al (2011) s. 1222 og 1229.

Modellavtalen art. 24 (4) lyder:

*”Except where the provision of paragraph 1 of Article 9, paragraph 6 of Article 11, or paragraph 4 of Article 12, apply, interest, royalties and other disbursements paid by an enterprise of Contracting State to a resident of the other Contracting State shall, for the purpose of determining the taxable profits of such enterprise, be deductible under the same conditions as if they had been paid to a resident of the first-mentioned State.”*

Etter bestemmelsens første punktum kan fradragsretten for gjeldsrenter ikke være gunstigere for debitorer hjemmehørende i samme stat som kreditor enn for debitorer med kreditor hjemmehørende i annen avtalestat. Etter annet punktum oppstilles et tilsvarende diskrimineringsforbud vedrørende fradrag ved formuesfastsettelsen. Innledningsvis i bestemmelsen er det tatt forbehold om at diskrimineringsforbudet ikke er til hinder for at stater har regler som sikrer oppfyllelse av armlengdeprinsippet. Norge trenger med andre ord ikke innrømme større gjelds- og rentefradrag enn det som følger av de interne reglene om tynn kapitalisering.<sup>50</sup> Det avgjørende etter modellavtalens art. 24 (4) er at innenlandske og utenlandske kreditorer behandles likt.

---

<sup>50</sup> OECD kommentarer art. 24 pkt. 74.

### 3 TYNN KAPITALISERING

#### 3.1 Innledende bemerkninger

Mange stater, herunder Norge, har lovbestemmelser som setter grenser for hvor langt selskaper kan gå i å bestemme kapitalstrukturen innenfor et konsern ut ifra skattemessige formål. Når partene er nærstående vil fraværet av markedsmekanismer ofte påvirke vilkårene for transaksjonen, slik at konserner gjennom prising av konserninterne transaksjoner kan styre fortjenesten til bestemte selskaper eller land med gunstige skattebetingelser.<sup>51</sup> Både nasjonalt og internasjonalt gjelder derfor et prinsipp om at pris og øvrige vilkår i en transaksjon inngått mellom nærstående foretak for skatteformål skal fastsettes som om den var inngått mellom uavhengige foretak under sammenlignbare forhold (internprising).<sup>52</sup>

Dette prinsippet kalles armlengdeprinsippet, og er i norsk rett forankret i skatteloven § 13-1. I skatteavtalene Norge er part i, er prinsippet hjemlet i artikkel 9, basert på OECDs mønsteravtale og retningslinjer.<sup>53</sup> Selv om OECDs mønsteravtale ikke er bindende for medlemsstatene, vil både mønsteravtalen og retningslinjene ha betydning for tolkningen og anvendelsen av skatteavtalene. Hva gjelder sktl. § 13-1 ble det i Rt. 2001 s. 1265 lagt til grunn at bestemmelsen gir uttrykk for det samme som fremgår av OECDs retningslinjer. For å ”klargjøre og forsterke OECD-retningslinjenes status i norsk rett”, ble det dette likevel lovfestet i sktl. § 13-1 fjerde ledd i 2007.<sup>54</sup>

Sentralt for denne oppgavens problemstilling er hvorvidt disse reglene er egnet til å ivareta det norske skattegrunnlaget ved rentefradrag på konserninterne lån fra utlandet.

---

<sup>51</sup> Kristoffersen (2010) s. 738.

<sup>52</sup> Zimmer (2009b) s. 148.

<sup>53</sup> Zimmer (2009b) s. 148.

<sup>54</sup> Ot.prp. nr. 62 (2006–2007) pkt. 4.1.4 s. 13.

### 3.2 Tre hovedproblemstillinger

De skattemessige problemstillingene som reiser seg ved konsernintern gjeldsfinansiering, kan deles inn i tre hovedgrupper: klassifikasjonsspørsmålet, kapitalstrukturspørsmålet og rentesatsspørsmålet.<sup>55</sup>

#### 3.2.1 Klassifikasjonsspørsmålet

Den første hovedproblemstillingen er hvorvidt kapitalen skal klassifiseres som gjeld eller egenkapital. Klassifikasjonen av innskutt kapital er i første rekke et lovtolkningsspørsmål, og det avgjørende vil være å klargjøre hvilken klassifikasjon som følger av rettsforholdet mellom partene. Dersom en analyse av det underliggende rettsforholdet mellom partene tilsier en annen klassifikasjon enn det skattyteren har lagt til grunn, kan skattemyndighetene kreve omklassifisering av kapitalen på dette grunnlag uten særskilt hjemmel.<sup>56</sup> Ettersom klassifikasjonen er basert på kapitalinnskuddets konkrete egenskaper, må klassifikasjonen være den samme for ett og samme kapitalinnskudd. Ved flere kapitalinnskudd fra samme innskuddsyter, eller kapitalinnskudd det er knyttet ulike egenskaper til, må hvert innskudd vurderes hver for seg. Først etter at det er klart hvor stor del av det norske konsernselskapets *samlede* kapital som er å anse som gjeld, blir det aktuelt å vurdere de to andre problemstillingene.<sup>57</sup>

Klassifikasjonsspørsmålet har særlig relevans ved hybridfinansiering, et rettighetsforhold med både gjeldslignende og egenkapitaltillignende trekk.<sup>58</sup> Dersom kapitalen behandles som gjeld i Norge og egenkapital i utlandet, kan konserner oppnå fradrag for gjeldsrentene i Norge uten at inntekten blir skattlagt i utlandet (fordi utbytte ofte ikke skattlegges). Dermed utnyttes ikke bare andre lands lave skattesatser; selskapene oppnår en inntekt som

---

<sup>55</sup> Se Naas et al s. 1102–1103, Skaar m.fl. (2006) s. 457 flg. og Gjems-Onstad (2012) s. 1059–1060 for lignende systematikk.

<sup>56</sup> Utv. 1997 s. 895 FIN.

<sup>57</sup> Naas et al (2011) s. 1116.

<sup>58</sup> Matre (2012) s. 5.

overhodet ikke blir skattlagt. Et eksempel på dette er Utv. 2004 s. 36 (Petro Canada) hvor kapitalinnskuddet ble behandlet som fremmedkapital i Norge og egenkapital i Canada. I dommen ble den asymmetriske behandlingen ikke nærmere omtalt. Spørsmålet om slik hybridfinansiering skal godtas skattemessig, har vært diskutert både i Norge og internasjonalt. Flere land har ansett dette som uakseptabel skatteplanlegging, og innført begrensninger i fradragsretten for hybride instrumenter. I Norge foreligger foreløpig ingen lovregulering, og tradisjonelt har utnyttelsen av regelverket mellom Norge og andre land ikke medført at den norske skattyteren er blitt nektet fradrag.<sup>59</sup>

For min vurdering legges det til grunn at kapitalen klassifiseres som gjeld. Grensen mellom egenkapital og gjeld vil derfor ikke bli behandlet nærmere.

### 3.2.2 Kapitalstrukturspørsmålet

For det tilfellet at man står overfor et kapitalinnskudd som klassifiseres som gjeld, blir det neste spørsmålet hvorvidt debitorselskapet har en unaturlig høy gjeldsgrad i forhold til hva som ville blitt avtalt mellom uavhengige parter. Ettersom den norske selskapsskatten er høy i forhold til mange andre land, vil konserner ofte være tjent med å ha lave inntekter og høye kostnader i den norske delen av virksomheten. For å oppnå dette finansieres gjerne virksomheten i Norge med mest mulig fremmedkapital. Dersom det norske selskapet har en lavere andel egenkapital enn selskapet hadde vært i stand til å operere med uten konserntilknytningen, sier man gjerne at selskapet er ”tynt kapitalisert”.<sup>60</sup> Hvorvidt reglene om tynn kapitalisering gir hjemmel for å nekte selskaper rentefradrag på konserninterne lån fra utlandet vil bli behandlet nærmere under punkt 3.3.

### 3.2.3 Rentesatsspørsmålet

Selv om kapitalen må klassifiseres som lån, og omfanget av dette lånet ligger innenfor et akseptabelt ”armlengdemessig” nivå slik at det ikke foreligger tynn kapitalisering, kan det

---

<sup>59</sup> Jenssen (2011) s. 142.

<sup>60</sup> Skaar (2006) s. 459.

likevel oppstå problemstillinger knyttet til størrelsen på den avtalte lånerenten. For det tilfelle at lånerenten på konserninterne lån fra utlandet er satt høyere enn hva som er markedsmessig rente, vil det norske datterselskapet ha krav på høyere rentefradrag enn det armlengdestandarden tillater.<sup>61</sup> Det tredje spørsmålet blir dermed hvorvidt rentesatsen overstiger det som ville ha vært avtalt mellom uavhengige parter.<sup>62</sup> Også denne problemstillingen kan ha betydning for retten til rentefradrag på konserninterne lån, ettersom en for høy eller lav rentesats kan medføre at debitors rentekostnader reduseres til et armlengdes nivå. I denne avhandlingen vil det imidlertid fokuseres på tynn kapitalisering.

### **3.3 Gir reglene om tynn kapitalisering hjemmel for å nekte rentefradrag på konserninterne lån fra utlandet?**

Sktl. § 13-1 gir hjemmel for skjønnsfastsettelse av formue og inntekt ved interessefellesskap, forutsatt at bestemmelsens tre vilkår om redusert formue eller inntekt, interessefellesskap og årsakssammenheng er oppfylt. Bestemmelsen tar først og fremst sikte på problemstillinger knyttet til internprising der to konsernselskaper kjøper varer eller tjenester av hverandre. Ved tynn kapitalisering står vi imidlertid overfor et mer indirekte prisingsspørsmål ettersom spørsmålet er om forholdet mellom gjeld og egenkapital kan endres. Dette omtales gjerne som strukturell justering. Hvorvidt sktl. § 13-1 og skatteavtalene gir hjemmel for å nekte fradrag for gjeld og tilknyttede kostnader som følge av tynn kapitalisering er blitt diskutert så vel i norsk som i internasjonal rettsteori.<sup>63</sup>

Av norsk rettspraksis fremgår at Høyesterett allerede på et tidlig tidspunkt var oppmerksom på problemstillingen. Allerede i Rt. 1940 s. 598 (Fornebo) åpnet Høyesterett for at den tidligere skattelovens internprisingsbestemmelse var anvendelig for å justere forholdet mellom gjeld og egenkapital der dette ikke var forretningsmessig naturlig eller rimelig.

---

<sup>61</sup> Naas et al (2011) s. 1139.

<sup>62</sup> Gjems-Onstad (2012) s. 1059–1060.

<sup>63</sup> Skaar (2006) s. 485.

Formuleringen ble imidlertid ikke satt på noen reell prøve, da Høyesterett kom til at det aktuelle selskapet ikke var tynt kapitalisert. Hertil kommer at saken var rimelig spesiell og gjaldt et meget beskjedent beløp i formuesskatt.<sup>64</sup>

Også av forarbeidene til gjeldende § 13-1 fremgår det at bestemmelsen er ment å gi hjemmel for å justere kapitalstrukturen i slike tilfeller. I Ot.prp. nr. 26 (1980–1981) punkt 8.4 uttales følgende om utfordringer ved beskatning av multinasjonale selskaper:

*”Finansiering av norske selskap kan skje ut fra rent skattemessige hensyn. Selskapet utstyres f.eks. med minimal egenkapital, og finansieres i stedet med lån opptatt fra beslektede selskaper i utlandet. Lånerenten er i utgangspunktet fradragsberettiget i Norge og overskuddet tas på denne måte skattefritt ut av landet.”*

Om anvendelsesområde for sktl. § 13-1 heter det:

*”Det må videre ha skjedd en inntekts- eller formuesreduksjon hos skattyter på grunn av interessefelleskapet. Dette er tilfelle når en transaksjon – eller en samhandel totalt over tid – er økonomisk dårligere for skattyter enn den ville ha vært i et uavhengig forhold. Måten dette er skjedd på er i prinsippet uten betydning. Det kan gjøres ved uriktig prisfastsetting på varer, tjenester eller andre ytelser, unaturlig høy lånefinansiering m.v.”<sup>65</sup>*

Tross lovgivers klare anvisning finnes det få saker i rettspraksis og ligningspraksis rundt denne problemstillingen. Utenom oljesektoren har Norge kun hatt én relevant dom (lagmannsrettsdom) hvor fradrag er avskåret fordi det norske selskapet var for tynt kapitalisert. Saken gjaldt Scribona Norge AS, et datterselskap av det svenske selskapet Esselte AB. Scribona Norge AS ble finansiert gjennom lån fra sitt belgiske søsterselskap Esselte Finance International N.V. som fungerte som internbank. Lånene medførte at

---

<sup>64</sup> Zimmer (2012) s. 4

<sup>65</sup> Ot.prp. nr. 26 (1980–1981) punkt 9.1.



selskapet hadde negativ egenkapital for to av inntekstårene endringsvedtaket gjaldt. Det var således ikke tvilsomt at selskapet var tynt kapitalisert.<sup>66</sup>

Både forarbeider og rettspraksis viser at sktl. § 13-1 gir hjemmel for strukturell justering. Ved anvendelsen av sktl. § 13-1 ved internprising over landegrensene skal det som nevnt legges vekt på OECDs retningslinjer for internprising, jf. bestemmelsens fjerde ledd. Spørsmålet er dermed hvorvidt skatteavtalene gir slik hjemmel.

I OECDs retningslinjer anbefales medlemsstatene å være svært tilbakeholdne med å foreta strukturelle justeringer:

*“A tax administration’s examination of a controlled transaction ordinarily should be based on the transaction actually undertaken by the associated enterprises as it has been structured by them (...) In other than exceptional cases, the tax administration should not disregard the actual transactions or substitute other transactions for them.”<sup>67</sup>*

OECDs retningslinjer punkt 1.65 anerkjenner imidlertid to unntak som kan gi grunnlag for strukturell justering:

- (a) *“the economic substance of the transaction differs from its form”,*
- (b) *“the transaction (...) differs from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner and the actual structure practically impedes the tax administration from determining an appropriate transfer price”.*

Videre fremheves tynn kapitalisering som et eksempel på “the economic substance”-alternativet for strukturell justering:

---

<sup>66</sup> Utv 2004 s. 685.

<sup>67</sup> OECD (2010) punkt 1.64.

*“An example of this circumstance would be an investment in an associated enterprise in the form of interest-bearing debt when, at arm’s length, having regard to the economic circumstances of the borrowing company, the investment would not be expected to be structured in this way. In this case it might be appropriate for a tax administration to characterise the investment in accordance with its economic substance with the result that the loan may be treated as a subscription of capital.”<sup>68</sup>*

Det må dermed være klart at også skatteavtalene åpner for skjønnsfastsettelse av kapitalen. Skatteavtalene gir imidlertid ikke hjemmel for beskatning av inntekt, men setter skranker for Norges rett til å anvende *skattelovens* internprisingsregel.<sup>69</sup>

I dag er det på det rene at både sktl. § 13-1 og skatteavtalene åpner for strukturell justering.

### **3.4 Når vil det norske selskapet B være tynt kapitalisert som følge av konserninternt lån fra selskap A?**

Spørsmålet er når rentefradraget til selskap B kan avskjæres med hjemmel i sktl. § 13-1.

Som nevnt er den klare hovedregel at den foretatte transaksjon skal aksepteres, jf. OECDs retningslinjer punkt 1.46. Dette innebærer at skattyter har rett til å disponere sine midler som han vil uten at ligningsmyndighetene ved anvendelse av armlengdeprinsippet kan overprøve de forretningsmessige beslutningene skattyter tar. Hva som er den beste forretningsstrategi, vil det åpenbart være delte meninger om. Skattemyndigheten vil derfor kun i eksepsjonelle tilfeller kunne se bort fra de foretatte transaksjoner og erstatte disse med andre.<sup>70</sup> OECDs retningslinjer oppstiller som nevnt, to situasjoner der dette unntaksvis

---

<sup>68</sup> OECD (2010) punkt 1.64.

<sup>69</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 338.

<sup>70</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 371–372.

vil være akseptabelt<sup>71</sup> Tynn kapitalisering vil være et typisk eksempel på det første unntaket: transaksjonens økonomiske substans avviker fra formen. Dette vil være tilfelle dersom selskapet B er finansiert av en større grad av gjeld enn selskapets lånekapasitet skulle tilsi.

Spørsmålet er så når selskap B vil være finansiert utover selskapets lånekapasitet som følge av for høy andel fremmedkapital i forhold til egenkapital.

Utover skatteloven § 13-1 er det i norsk rett ikke utarbeidet spesifikke lovregler eller retningslinjer knyttet til tynn kapitalisering, med unntak av olje og gassindustrien som har hatt kodifiserte kapitaliseringsbestemmelser for skatteformål siden 1994.<sup>72</sup>

Som nevnt er det bare avsagt én dom i norsk rettspraksis utenfor petroleumssektoren hvor rentefradraget ble avskåret som følge av at selskapet var tynt kapitalisert: Utv 2004 s. 685, Scribona. I saken la overligningsnemnda til grunn at en egenkapitalandel på 15 prosent representerte armlengdes forhold mellom gjeld og egenkapital basert på bransjestatistikk. Lagmannsretten var enig, og uttalte blant annet:

*”Den sentrale problemstilling ved vurderingen av om vilkårene for å anvende skjønn etter skatteloven § 54 er tilstede, er hva selskapets situasjon ville vært i et uavhengig låneforhold. Anvendt på denne saken blir spørsmålet om en uavhengig bank ville ha stilt krav til det svenske morselskapet, enten ved at det ble skutt inn mer egenkapital eller gitt garantier. Sammenligningen må skje under den forutsetningen at en uavhengig finansinstitusjon ville ha gitt kreditt på forretningsmessige rimelige og naturlige vilkår, jf. Rt-1940-598.”*<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> OECDs retningslinjer punkt 1.65.

<sup>72</sup> Andresen og Nyberg (2010) s. 56.

<sup>73</sup> Utv. 2004 s. 685.

Lagmannsretten la til grunn at sammenligningen må ta utgangspunkt i hva som ville vært rimelig og naturlig i et uavhengig låneforhold, og viste til Fornebo-dommen hvor et tilsvarende synspunkt ble lagt til grunn:

*”det (er) ikke nok at det foreligger et interessefelleskap (deltakerinteresse); dette må ha resultert i en ordning med hensyn til vedkommende bedrifts midler eller avkasting, som i og for seg ikke er forretningsmessig rimelig og naturlig” (min tilføyelse)*<sup>74</sup>

Hva som er ”forretningsmessig rimelig og naturlig” kan i praksis ikke tilskrives én bestemt gitt størrelse for den enkelte lånetaker. Skjønnsmessige faktorer som selskapets og bankers holdning til risiko, rentebetingelser, bransjetilhørighet, relasjoner til finansielle institusjoner mv. vil kunne være avgjørende. Videre vil selskapers holdning til risiko medføre at ulike selskaper gjerne har ulik holdning til hva som utgjør ”forretningsmessig rimelig og naturlig” forhold mellom egenkapital og gjeld.<sup>75</sup> Henvisningen til en forretningsmessig rimelig og naturlig ordning gir derfor begrenset veiledning.

I petroleumsskatteloven var det inntil 1. januar 2007 spesifikke regler om tynn kapitalisering for petroleumsindustrien. Etter petroleumsskatteloven § 3 h (opphevet med virkning fra 1. januar 2007) måtte skattytere omfattet av bestemmelsen ha en egenkapitalandel på minst 20 % av totalkapitalen for å få skattemessig fradrag for totale rentekostnader. Flere har tatt til ordet for at reglene har overføringsverdi til andre selskaper, og at 20 % egenkapitalandel må anses som en uformell safe harbour-regel i norsk rett.<sup>76</sup> Blant annet uttalte Hugo P. Matre følgende i IFA Cahiers 2008:

*“Further, importance will be attached to the level of equity capital: approximately 20 per cent equity capital will be enough to prevent a loan classification on this ground,*

---

<sup>74</sup> Rt. 1940 s. 598 på side 601.

<sup>75</sup> Andresen og Nyberg (2010) s. 57.

<sup>76</sup> Se blant annet Andersen og Nyberg (2010), Sørdal og Hjertholm (2011).

*but it is somewhat uncertain how lower percentages will be considered (at least outside the oil and gas taxation). ”<sup>77</sup>*

Det er blant annet blitt argumentert med at petroleumssektoren er en type virksomhet som må karakteriseres som både kapitalintensiv og risikofylt og hvor rentefradraget vil bli høyt på grunn av skattesatsen på 78 prosent. Dersom 20 prosent egenkapital er tilstrekkelig for denne typen virksomhet, er det rimelig at 20 prosent bør være tilstrekkelig også for annen mer stabil virksomhet. Videre er det naturlig og rimelig at skattyter vil se hen til de få rettesnorer som finnes, ettersom det ikke eksisterer andre lovregler eller retningslinjer i Norge. Det er også vist til at en egenkapital på 10 prosent anses forenlig med forsiktig og god forretningsskikk i selskapsretten, jf. aksjeloven § 8-1.<sup>78</sup>

Ved siden av debatten om hvorvidt det eksisterer en safe harbour-regel i norsk rett, har regelen om tynn kapitalisering også bydd på praktiske problemer. For det første er det uklart hvorvidt det skal tas utgangspunkt i låntakers balanseverdier basert på regnskapsmessige eller virkelige markedsmessige verdier. Videre er det vanskelig å sette eksakte tall på subjektive kriterier som eksisterende relasjoner, merkenavn og låntakers ledelse. Det er også blitt fremhevet at det er problematisk at ikke-børsnoterte skattytere sammenlignes med børsnoterte selskaper.<sup>79</sup>

Ettersom det foreligger lite publisert relevant ligningspraksis utgjør reglene om tynn kapitalisering et uklart og uforutsigbart rettsområde. I den ene relevante dommen på området (Scribona) ble 15 prosent egenkapital ansett tilstrekkelig. Samtidig har Skatt Øst de senere årene i enkeltsaker hevdet av egenkapitalen skulle utgjort 40 prosent.<sup>80</sup> Når selskap B vil ha en uforholdsmessig høy andel av fremmedkapital, kan derfor ikke besvares

---

<sup>77</sup>Cashiers de droit fiscal international, Vol. 93b, 2008, 62nd Congress of the International Fiscal Association, Brussels 2008 “New Tendencies in the tax treatment of cross-border interest of corporations” på side 544.

<sup>78</sup> Andresen og Nyberg (2010) s. 58.

<sup>79</sup> Andresen og Nyberg (2010) s. 60–61.

<sup>80</sup> Andresen og Nyberg (2011) s.73.

generelt. Det må imidlertid være klart at et selskap B som er lånefinansiert med 90 prosent eller mer, hvertfall vil være i faresonen for å rammes av reglene om tynn kapitalisering.

### **3.5 I hvilken grad kan reglene om tynn kapitalisering ivareta det norske skattegrunnlaget?**

Spørsmålet er i hvilken grad reglene om tynn kapitalisering er egnet til å ivareta det norske skattegrunnlaget.

Som gjennomgangen over viser, er grensen for hva som skal være akseptabel kapitalisering uklar. Uavhengig av hvorvidt det kreves 20 % egenkapital eller mer, kan det likevel tenkes tilfeller hvor selskapet B har tilstrekkelig egenkapital, men likevel så mye gjeldsrenter at konstruksjonen er uheldig for det norske skattegrunnlaget. Reglene kan derfor bidra til å regulere selskapers lånekapital som igjen medfører lavere rentefradrag, men er slik de er utformet i dag ikke tilstrekkelig til å begrense fradragsretten for konserninterne lån.

At det i norsk rett bare eksisterer én dom utenfor petroleumssektoren (Scribona) hvor rentefradrag er nektet som følge av tynn kapitalisering, samtidig som skatteplanlegging gjennom konserninterne lån fra utlandet stadig blir mer og mer utbredt, kan tyde på at reglene i praksis i liten grad er egnet til å demme opp mot slik skatteomgåelse. Lite praksis kan også tyde på at skattemyndighetene har vært tilbakeholdne med å korrigere ligningen for selskaper som er i randsonen av tynn kapitalisering. Når verken skattemyndighetene eller Finansdepartementet har utarbeidet administrative uttalelser eller retningslinjer, tilsier hensynet til forutberegnelighet og likhet at skattemyndighetene bør være forsiktige med å utvikle ny praksis gjennom krav om hva som utgjør minimum armlengdes egenkapital i enkeltsaker.

Konklusjonen må bli at reglene om tynn kapitalisering bare til en viss grad er egnet til å ivareta det norske skattegrunnlaget ved konserninterne lån fra utlandet.

## 4 GRUNNLAG FOR ULOVFESTET GJENNOMSKJÆRING?

### 4.1 Ulovfestet gjennomskjæring - generelt

#### 4.1.1 Omgåelsesnormen – rettsgrunnlag og hovedtrekk

Den ulovfestede gjennomskjæringsregel er utviklet i samspill mellom rettspraksis og juridisk teori. Noen lovregulering finnes ikke, bortsett fra den spesielle bestemmelsen i sktl. § 14-90 om bortfall av skatteposisjoner ved skattemotiverte omorganiseringer og salg av aksjer og andeler i selskap.

I Rt. 2007 s. 209 (Hex) er den ulovfestede gjennomskjæringsregelen formulert slik:

*”Den ulovfestede gjennomskjæringsregel ... består – slik den er utviklet i høyesterettsavgjørelser i de senere år – av et grunnvilkår og en totalvurdering. Grunnvilkåret går ut på at det hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt. Dette er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for gjennomskjæring. For at gjennomskjæring skal kunne foretas, kreves i tillegg at det ut fra en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder den forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen, ...”<sup>81</sup>*

Vurderingen består altså av to ledd. Grunnvilkåret refererer seg utelukkende til skattyters subjektive motivasjon med transaksjonen. For at grunnvilkåret skal være oppfylt må skattebesparelsen ha vært ”den klart viktigste”<sup>82</sup> motivasjonsfaktor for disposisjonen. At domstolene finner det bevist at det viktigste formålet var å spare skatt, er imidlertid ikke tilstrekkelig for gjennomskjæring. I tillegg kreves at disposisjonen etter en helhetsvurdering strider mot skattereglenes formål. I praksis er det som regel tilleggsvilkåret som volder tvil.

---

<sup>81</sup> Rt. 2007 s. 209 avsnitt 39.

<sup>82</sup> Se blant annet Rt. 2002 s. 456 og Rt. 2004 s. 1331.

En eventuell gjennomskjæring innebærer at en privatrettslig gyldig disposisjon reklassifiseres og får andre skattemessige virkninger enn forutsatt av skattyter. Normen kan anvendes på alle transaksjoner som reguleres av norsk skattelovgivning, herunder transaksjoner som involverer internasjonale forhold.<sup>83</sup>

Spørsmålet er hvorvidt den ulovfestede gjennomskjæringsregelen kan hjemle en begrensning i fradragsretten for gjeldsrenter i selskap B.

4.1.2 Nærmere om grunnvilkåret: det hovedsakelige formålet med disposisjonen må ha vært å spare skatt

Det har i teorien vært diskusjoner om det nærmere innholdet i grunnvilkåret. Det har vært pekt på at enkelte dommer tar utgangspunkt i formålet med transaksjonen, mens det i andre dommer tas utgangspunkt i virkningene. Der utgangspunktet er tatt i formålet, er det diskutert hvorvidt dette skal vurderes objektivt eller subjektivt.<sup>84</sup> Slik Høyesterett de senere årene har formulert og anvendt grunnvilkåret, har det avgjørende vært ”hva skattyteren må antas å ha lagt vekt på”, jf. Rt. 2006 s. 1232 avsnitt 50 (Telenor). I saken ble det fra statens side anført at spørsmålet om skattyters formål måtte vurderes objektivt. Til dette uttalte førstvoterende:

*”Dette innebærer imidlertid ikke at den begrunnelse skattyter har gitt for disposisjonen, uten videre skal legges til grunn. Hva som har vært den viktigste motivasjonsfaktor, må avgjøres ut fra en samlet vurdering av de opplysninger som foreligger i saken. Dersom den dominerende virkning av disposisjonen er at skattyteren sparer skatt, og denne skattebesparelse er av noe omfang, er det en sterk presumsjon for at denne har vært den viktigste motivasjonsfaktor. I slike tilfeller må*

---

<sup>83</sup> Naas et al (2011) s. 1273–1274.

<sup>84</sup> Liland (2010) s. 21.



*det være opp til skattyteren å godtgjøre at skattebesparelsen likevel ikke har vært den viktigste motivasjonsfaktor for ham.”<sup>85</sup>*

Vurderingen dreier seg altså om et bevisspørsmål, der både skattebesparelsen og andre omstendigheter omkring disposisjonen er viktige momenter i bevisvurderingen.<sup>8687</sup>

Etter Høyesteretts praksis må skattebesparelsen ha vært det ”hovedsakelige formålet». Etter en naturlig språklig forståelse innebærer dette at skatteformålet må ha veid tyngre enn andre formål til sammen, eller sagt på en annen måte, skatteformålet må utgjøre minst 51 %. I praksis vil en så presis kvantifisering være umulig. Videre er det liten grunn til å tro at en dommer vil godta omgåelse med 51 % bevisovervekt, jf. det alminnelige overvektsprinsippet i sivile saker. I tråd med at høyesteretts enkelte steder har uttalt at skatteformålet må være ”den klart viktigste motivasjonsfaktor”, må man gå ut fra at det vil bli krevet en klar overvekt av skattemessige formål. Dette innebærer at selv store skattebesparelser ikke vil oppfylle grunnvilkåret hvis det kan legges til grunn at andre formål likevel har vært viktigere.<sup>88</sup>

#### 4.1.3 Nærmere om totalvurderingen – disposisjonen(e) må ut fra en totalvurdering stride mot skattereglenes formål

Grunnvilkåret er, som nevnt, et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for gjennomskjæring. Disposisjonen må i tillegg ut fra en totalvurdering stride mot skattereglenes formål. De sentrale momenter i totalvurderingen er utviklet gjennom en lang rekke høyesterettsdommer.

I sitatet fra Telenor-dommen nevnes uttrykkelig disposisjonens virkninger. Sentralt her er hvorvidt disposisjonen har en ”forretningsmessig egenverdi”, eller andre ikke-

---

<sup>85</sup> Rt. 2006 s. 1232 avsnitt 51.

<sup>86</sup> Zimmer (2009a) s. 64.

<sup>87</sup> Zimmer (2012) s. 188.

<sup>88</sup> Zimmer (2006a) s. 65.

skattemessige virkninger. Også skattyters formål med disposisjonen må tillegges vekt, selv om disse allerede er vurdert under grunnvilkåret. Dersom disposisjonen har store innslag av ikke-skattemessige formål, taler dette mot at det dreier seg om omgåelse.

Videre skal det tas hensyn til omstendighetene for øvrig. Det har vært fremholdt at omgåelsesnormen først og fremst tar sikte på å ramme kunstige, unaturlige og kompliserte arrangementer. Motsatt vil det være et viktig argument mot omgåelse dersom det sannsynliggjøres at skattyter kunne oppnådd et tilsvarende resultat ved et likeverdig handlingsalternativ.<sup>89</sup> Endelig kan det ha betydning hva slags skatteregel det er tale om. Tilpasninger til regler som er retts teknisk skarpt avgrenset, og som bevisst er gjort firkantede av lovgiver kan normalt ikke rammes av omgåelse. Slike tilpasninger må lovgiver anses å ha akseptert ved utformingen av bestemmelsen.<sup>90</sup>

## 4.2 Er grunnvilkåret oppfylt?

### 4.2.1 Innledning

Vurderingen tar sikte på tilfeller som nevnt under punkt 2.4. Dette innebærer for det første tilfeller hvor det foretas kjøp av et norsk operativt selskap (selskap C) gjennom et norsk selskap (selskap B) eiet av et utenlandsk morselskap (A), hvor selskap B finansierer oppkjøpet med lån fra sitt morselskap. For det annet innebærer dette tilfeller der oppkjøpet av selskap C i utgangspunktet er skjedd direkte fra et utenlandsk selskap (selskap A), men med en etterfølgende reorganisering med etablering av holdingstruktur hvor et selskap B kjøper det norske operative selskapet (selskap C) med lån fra sitt utenlandske morselskap (selskap A).

Spørsmålet er hvorvidt slik tilpasning oppfyller grunnvilkåret i gjennomskjæringsregelen – nemlig at det hovedsakelige formålet med disposisjonen har vært å spare skatt. For min

---

<sup>89</sup> Se for eksempel Rt. 2008 s. 1510 avsnitt 62, Rt. 2008 s. 1537 avsnitt 68, Rt. 1976 s. 1317 s. 1321–1322.

<sup>90</sup> Zimmer (2009a) s. 64-69.

vurdering tas det utgangspunkt i det andre tilfellet hvor det foretas en etterfølgende reorganisering, for så å vurdere hvorvidt det er grunnlag for å behandle et direkte oppkjøp ulikt.

#### 4.2.2 Utgangspunktet – et bevisspørsmål

Som et utgangspunkt må en anta at det finnes tilfeller der selve oppkjøpet av selskap C utgjør en forretningsmessig egenverdi, men hvor den senere etableringen av konsernintern gjeldskonstruksjon har skattebesparelse som eneste motivasjonsfaktor. Samtidig kan det tenkes tilfeller der skattebesparelsen bare utgjør et positivt resultat av en transaksjonsform som uansett ville blitt lagt til grunn. Hvorvidt en står overfor det ene eller det andre tilfellet vil bero på de konkrete omstendigheter i den enkelte sak. Ettersom grunnvilkåret etter Høyesteretts praksis er et bevisspørsmål, kan spørsmålet om de konserninterne gjeldskonstruksjonene oppfyller grunnvilkåret i omgåelsesnormen ikke besvares generelt. Poenget her må være å vise at det finnes eksempler på at konserninterne gjeldskonstruksjoner *kan* ha forretningsmessige motiver. Et sentralt spørsmål blir da hvilke grunner dette kan være.

#### 4.2.3 Aktuelle motivasjoner

Temaet er blant annet behandlet i en artikkel av advokat Anders H. Liland i Skatterett nr. 01 for 2010. Forfatteren tar for seg to motivasjoner for å etablere et lokalt selskap som lånefinansierer oppkjøpet. Den første motivasjonen knytter seg til ønsket om en hensiktsmessig kapitalstruktur. Ifølge Liland er grunnvilkåret ikke oppfylt fordi det er ”hensiktsmessig å henvøre gjelden til samme land som den inntektsskapende aktivitet”. Den andre motivasjonen som presenteres er tilpasning til *utenlandske* skatteregler. Motivet er altså ikke å oppnå rentefradrag i Norge, men å tilpasse seg rentefradragsbegrensningene i den utenlandske virksomhets (morselskapets eller annet konsernselskaps) hjemland.<sup>91</sup>

Motivene kan være aktuelle i følgende situasjon:

---

<sup>91</sup> Liland (2010) s. 28.

La oss tenke oss et morselskap i Danmark som eier selskaper i Norge som driver med salgs- eller produksjonsvirksomhet. Det danske selskapets oppkjøp av de norske selskapene ble finansiert med lånte midler. Morselskapet får dermed store fradrag for gjeldsrentene. Datterselskapene i Norge har betydelig overskudd og betaler skatt av dette. Selskapet i Danmark får avkastning på aksjene i form av skattefritt utbytte (etter tilsvarende regler som fritaksmetoden i Norge). I Danmark har selskapet etterhvert fått så mye gjeldsrenter at selskapet skattemessig går i underskudd. Situasjonen kan nå være at selskapet ikke lenger får glede av rentefradraget, enten fordi selskapet ikke har andre inntekter som er store nok til å utnytte seg av det skattemessige underskuddet, eller fordi danske regler setter begrensninger for maksimalt rentefradrag, jf. reglene omtalt under punkt 2.2. Når det danske morselskapet ikke lenger får brukt renteutgiftene de har i Danmark mot konsernets skattepliktige inntekter, stiller de seg spørsmålet: hva gjør vi nå?

Løsningen blir å etablere et nytt datterselskap i Norge som kjøper det operative eksisterende selskapet gjennom lån fra det danske morselskapet. De norske konsernbidragsreglene gjelder (i utgangspunktet) mellom norske selskaper. I motsetning til det norske og danske selskapet, kan de to datterselskapene i Norge yte konsernbidrag seg imellom. Ved nyetablering av et datterselskap i Norge oppnår konsernet således ikke bare full utnyttelse av rentefradraget, men også muligheten til å benytte seg av de norske konsernbidragsreglene.

Slik oppstår den konserninterne gjeldsstrukturen: det operative selskapet overfører et konsernbidrag til det nyetablerte norske selskapet og reduserer sin skattepliktige inntekt. Det nyetablerte selskapet avregner konsernbidraget mot rentekostnadene på lånet fra det danske morselskapet, og reduserer på den måten sin skattepliktige inntekt. Slik betaler konsernet som helhet mindre skatt, og det skattemessige underskuddet i det danske selskapet reduseres.

#### 4.2.3.1 Begrunnet i ønske om en hensiktsmessig kapitalstruktur

Den første motivasjonen knytter seg til ønske om en hensiktsmessig kapitalstruktur. Når et konsern kjøper et selskap, er det ofte meningen at gjeldsrentene skal betjenes ved å hente

overskudd fra det oppkjøpte selskapet. På samme måte er det naturlig at en som kjøper aksjer på børsen og låner penger for å finansiere dette, forventer at rentekostnadene skal dekkes enten gjennom verdistigning eller utbytte. Liland mener derfor at rentekostnadene bør ligge nærmest mulig inntektene som skal betjene gjelden.<sup>92</sup> Ved rentekostnadene plassert hos selskapet B, kan utgiftene dekkes gjennom konsernbidrag fra C. Ettersom adgangen til å gi konsernbidrag til utlandet er begrenset, ville C (antagelig) ikke hatt anledning til å yte slik bidrag til selskap A.

Videre viser Liland til at man gjennom en slik henføring av lån og rentekostnader, vil ”oppnå et sterkt norsk konserninternt ledelses- og ansattefokus på å oppnå resultater i den oppkjøpte virksomheten som også hensyntar de renteutgifter oppstarten eller kjøper har medført”. I dette ligger at virksomheten i Norge normalt sett vil ha en ledelse som er opptatt av om de driver god butikk eller ikke. Ser vi selskap B og C under ett, vil ledelsen i Norge naturlig nok være opptatt av hvorvidt selskapene får en ”rettferdig” del av rentekostnadene. Dersom de norske selskapene ikke får tilordnet seg noen fornuftig andel av konsernets gjeld, kan selskapene fremstå som ”dårligere” enn selskaper som er tilordnet mer gjeld. Samlet vil selskapet få en større skattebelastning, som for næringsdrivende utgjør en kostnad på lik linje med andre driftskostnader. Ettersom ledelsen i et konsern ofte kan bli interne ”konkurrenter”, kan slike psykologiske faktorer spille inn, og fungere som motivasjon for å drive god business. Slike ”myke” faktorer er lite konkrete og håndfaste, og vekten av en slik forretningsmessig begrunnelse kan være vanskelig å anslå.<sup>93</sup>

Ove Jenssen reiser imidlertid spørsmål ved Lilands resonnementet i en artikkel i Skatterett nr. 02 for 2011.<sup>94</sup> Han hevder for det første at argumentet at man finner det ”hensiktsmessig å henføre gjelden” til Norge ikke kan forklare hvorfor det er selskap den oppkjøpte virksomheten, og ikke kjøper, som skal belastes renteutgiftene. Selskap C har ikke foretatt

---

<sup>92</sup> Liland (2010) s. 27.

<sup>93</sup> Liland, Anders. Telefonsamtale 4. april 2013 vedr. motivasjonsvurderingen.

<sup>94</sup> Jenssen (2011) s. 139–154.

noe oppkjøp, og har derfor ikke behov for noen lånefinansiering. Videre peker forfatteren på at en direkte tilordning av lånet vil stride mot forbudet mot finansieringsbistand i aksjeloven § 8-10.<sup>95</sup>

Slik jeg forstår Jenssen knytter problemet seg til at det er det oppkjøpte selskap C som til syvende og sist blir belastet for renteutgiftene gjennom sitt konsernbidrag. Dersom oppkjøpet er betinget av at selskap C yter slikt bidrag, kan det reises spørsmål om lånet er tilordnet selskap C i strid med finansieringsforbudet i aksjeloven § 8-10.

Etter aksjeloven § 8-10 første ledd er det i utgangspunktet forbudt at et selskap bidrar med finansiering i forbindelse med erverv av aksjer i selskapet. Bestemmelsen lyder:

*”Selskapet kan ikke stille midler til rådighet eller yte lån eller stille sikkerhet i forbindelse med erverv av aksjer eller rett til aksjer i selskapet eller selskapets morselskap.”*

Bestemmelsen tatt på ordet omfatter konsernbidrag fra det oppkjøpte selskap C til selskap B, ettersom selskapet da har stilt ”midler til rådighet (...) i forbindelse med erverv av aksjer”. I dag er det imidlertid enighet om at ellers lovlige utdelinger er akseptert også som selskapsfinansiering i forbindelse med oppkjøp. Synspunktet er basert på en lex specialis-betraktninger med støtte i en rekke uttalelser i forarbeidene<sup>96</sup>, samt Lovavdelingens tolkningsuttalelser<sup>97</sup>. Beskyttelsen av selskapskapitalen, herunder kreditorene og minoritetsaksjonærene, anses for å være tilstrekkelig ivaretatt gjennom reglene som regulerer utdelingene. Konsernbidrag innenfor aksjelovens formelle og materielle grenser fra det oppkjøpte selskap C til selskap B rammes dermed ikke av aksjelovens finansieringsforbud.<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> Jenssen (2011) s. 151–152.

<sup>96</sup> Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) pkt. 11.2 og pkt. 11.4.

<sup>97</sup> Lovavdelingens uttalelse av 12.3.2007 (JDLOV-2006-7438).

<sup>98</sup> Sjøfjell (2009) s. 126.

Konklusjonen må derfor bli at selv tilfeller der oppkjøpet av selskap C er betinget av at det like etterpå ytes et konsernbidrag, ikke rammes av finansieringsforbudet i aksjeloven § 8-10.

Etter mitt syn må det være riktig, slik Liland hevder, at ønsket om en hensiktsmessig kapitalstruktur kan tillegges vekt som forretningsmessig egenverdi. Det er likevel grunn til å anta at en slik motivasjon alene sjelden vil være tilstrekkelig i forhold til en eventuell skattebesparelse. Særlig gjelder dette der det er tale om skattebesparelse av et visst omfang.

#### 4.2.3.2 Begrunnet i tilpasning til utenlandske skatteregler

Den andre motivasjonen knytter seg til tilpasning til utenlandske skatteregler. At tilpasning til utenlandske skatteregler kan anses som forretningsmessig egenverdi som kan veie opp for norske skattemotiver, ble lagt til grunn i Rt. 2002 s. 456, Hydro Canada.

Saken gjaldt selskapet Norsk Hydro som solgte aksjer i datterselskapet Hydro Canada (hjemmehørende i Canada) til et annet datterselskap Hydro Danmark (hjemmehørende i Danmark) med et tap på ca. én milliard kroner. Etter danske skatteregler kunne Hydro Danmark få fradrag for fremtidig underskudd i Canada-selskapet. Et viktig formål med transaksjonen var å utnytte disse gunstige reglene om konsernbeskatning. Gjennom aksjetransaksjonen oppnådde Hydro fradrag for realisasjonstap i Norge på rundt NOK 420 millioner. Verdien av skattebesparelsen i Danmark utgjorde anslagsvis NOK 344 millioner. Et sentralt spørsmål for Høyesterett var om dette var et forretningsmessig formål. Etter først å ha konstatert at aksjeoverdragelsen først og fremst hadde som formål å spare norsk og dansk skatt uttaler førstvoterende:

*”Ved vurderingen har jeg for det første lagt vekt på at ønsket om å oppnå dansk skattemessig konsolidering i dette tilfellet fremstår som et akseptabelt forretningsmessig hensyn, og at dette ønsket har vært en vesentlig del av begrunnelsen for aksjeoverdragelsen. (...) Etter min oppfatning kan det ikke anses å være i strid med formålet med tapsfradragsregelen i skatteloven § 44 første ledd bokstav d at Hydrokonsernet – som driver en omfattende internasjonal virksomhet med selskaper i*

*flere land – organiserer virksomheten slik at konsernet – i samsvar med danske skatteregler – oppnår fradragsrett i Hydro Danmark for underskudd i det canadiske selskapet. Så lenge det er tale om å overføre aksjene til et selskap som er reelt etablert, må det være forretningsmessig legitimt at selskaper som driver internasjonal virksomhet, ved avgjørelsen av hvor forretningsaktivitet skal plasseres, legger vekt på skattereglene i ulike land.”<sup>99</sup>*

Flertallet la til grunn at formålet å spare dansk skatt kunne tillegges vekt som et forretningsmessig motiv som veide opp for norske skattemotiver. Transaksjonen hadde dermed tilstrekkelig egenverdi ut over å spare skatt, og tapsfradraget ble godkjent. Dommen ble avsagt med dissens 3–2.

Hvor heldig konklusjonen er, kan imidlertid diskuteres. Som annenvoterende påpeker, vil sjansen for å få skattefradrag i Norge, øke jo større skattefordelen i utlandet er, et resultat som fremstår som paradoksalt. Av staten ble det argumentert med at dette ville åpne for en uønsket internasjonal skattetilpasning som kunne medføre at skattemessig motiverte disposisjoner i ulike land gjensidig opprettholder hverandre. Til dette bemerket førstvoterende at fradraget i utlandet ikke var betinget av fradragsretten i Norge og at aksjesalget, ut fra et dansk synspunkt, innebar en helt lojal tilpasning til danske skatteregler.<sup>100</sup>

Som påpekt av annenvoterende forutsetter et slikt synspunkt at det må trekkes en grense mellom lojale og illojale tilpasninger til utenlandske skatteregler. En slik grense kan etter sin art vært svært vanskelig å trekke. Med et slikt synspunkt oppstår også spørsmålet om hvorvidt skattevirkningene i utlandet også skal anses som forretningsmessig egenverdi også

---

<sup>99</sup> Rt. 2002 s. 456 på side 467.

<sup>100</sup> Rt. 2002 s. 456 på side 468.



der skattyteren har utnyttet særlige gunstige skatteregler i en annen stat, som for eksempel lavskatteland.<sup>101</sup>

Det foreligger imidlertid ingen dommer hvor Høyesteretts standpunkt er fraveket. En må dermed anta at synspunktet fortsatt gjelder, og at tilpasning til utenlandske skatteregler under gitte omstendigheter kan sies å ha en forretningsmessig egenverdi.

Jenssen hevder imidlertid i sin artikkel at heller ikke det forhold at man får større fradrag i Norge enn i utlandet kan være en slik egenverdi som er aktuelt å ta i betraktning. Etter hans oppfatning er forholdet ikke sammenlignbart med Hydro Canada, hvor det var tale om å spare utenlandsk skatt.<sup>102</sup> Det kan synes som om Liland og Jenssen her diskuterer to ulike tilfeller. Som nevnt, er grunnvilkåret et bevissspørsmål som vil bero på konkrete omstendigheter i den enkelte sak. I Lilands eksempel, der morselskapet var etablert i Danmark, er det klart at tilfellet er sammenlignbart med Hydro Canada. Tar en derimot utgangspunkt i modellen som ble presentert under punkt 2.1, hvor morselskapet var plassert i et lavskatteland, er det usikkert hvorvidt tilfellene er sammenlignbare. Som mindretallet i Hydro Canada uttalte, medfører flertallets standpunkt at man nå får ”spørsmålet om skattevirkningene skal likestilles med forretningsmessige virkninger også hvor de blir spesielt store fordi skattyteren har utnyttet særlig gunstige skatteregler i den annen stat, regler som kan være utslag av en skattepolitisk tankegang som er fjernt fra det som er vanlig her til lands.”<sup>103</sup> Spørsmålet er ikke senere behandlet av Høyesterett, men de beste grunner taler for at det i slike tilfeller er vanskeligere å bevise at transaksjonen har hatt forretningsmessige formål ut over skattebesparelsen i Norge.

---

<sup>101</sup> Rt. 2002 s. 456 på side 472.

<sup>102</sup> Jenssen (2011) s. 152.

<sup>103</sup> Rt. 2002 s. 456 på side 468.

#### 4.2.4 Grunnlag for å behandle et direkte oppkjøp ulikt?

Det er vanskelig å finne holdepunkter for at det er grunnlag for å behandle et direkte oppkjøp ulikt. Bakgrunnen for å etablere konsernintern gjeldsstruktur allerede ved oppkjøpet av selskap C, kan for eksempel være at selskap A i Danmark allerede før oppkjøpet hadde tatt i betraktning begrensningene i fradragsretten for morselskapet. Også ønsket om å etablere en hensiktsmessig kapitalstruktur kan gjøre seg gjeldende allerede på oppkjøpstidspunktet.

#### 4.2.5 Sammenfatning

Gjennomgangen viser at en etablering av konsernintern gjeldskonstruksjon kan ha forretningsmessig egenverdi. Ettersom grunnvilkåret etter Høyesteretts praksis er et bevissspørsmål, lar det seg ikke gjøre å si noe generelt om vekten av de nevnte motivasjoner. Hvorvidt motivasjonene har tilstrekkelig egenverdi til å veie opp for en eventuell skattebesparelse, vil bero på de konkrete omstendigheter, herunder skattebesparelsens omfang. Hvor det er tale om store beløp, kreves naturlig nok større innslag av forretningsmessige grunner.

### 4.3 Totalvurderingen - forholdet til skattereglenes formål

#### 4.3.1 Innledning

For vurderingen av om disposisjonen etter en totalvurdering strider mot skattereglenes formål må det klargjøres hvorvidt det skal tas utgangspunkt i formålet med en eller flere angitte skatteregler, eller om vurderingen skal foretas på et mer generelt grunnlag – som for eksempel de grunnleggende hensyn som ligger bak utformingen av skattereglene.

I rettspraksis er det lagt til grunn at vurderingstemaet for totalvurderingen er konkrete angitte skatteregler. I Rt. 2006 s. 1232 på side 57–58 uttaler førstvoterende:

*”Ved vurderingen av om det vil være i strid med skattereglenes formål å la en privatrettslig disposisjon få skatterettslig virkning etter sitt innhold, må man ta utgangspunkt i formålet med den aktuelle skatteregel. Formålet med reglene om*

*fradragsrett for tap er å begrense skattegrunnlaget til nettoinntekten av skattyterens virksomhet. Tapsfradrag gis imidlertid ikke før tapet er endelig realisert.”*

Lignende formuleringer finnes blant annet i Rt. 2004 s. 1331 (avsnitt 51), Rt. 2007 s. 209 (avsnitt 38), Rt. 2008 s. 1510 (avsnitt 61) og Rt. 2008 s. 1537 (avsnitt 53-54). Det samme synspunkt er lagt til grunn senest i Dyvi-dommen inntatt i Rt. 2012 s. 1888. Saken omhandlet konsernbidrag og fremføring av underskudd (dog ikke skapt ved rentefradrag).

I juridisk teori har synspunktet imidlertid ikke vært entydig. Temaet har blant annet blitt behandlet av Magnus Aarbakke i en utredning i Ot.prp. nr. 16 (1991–1992)<sup>104</sup> og av Anders Liland<sup>105</sup> og Bettina Banoun.<sup>106</sup>

Banoun hevder at det i mange tilfeller vil være for snevert å konsentrere seg om formålet bak en enkelt bestemmelse når skattyter ved sine transaksjoner har søkt å komme utenfor rekkevidden av den aktuelle bestemmelse. Hun mener gjennomskjæring bør kunne skje hvor en transaksjon har få ikke-skattemessige virkninger og transaksjonens skattemessige resultat strider mot skattelovens system eller alminnelige skatterettslige prinsipper.<sup>107</sup> Om Zenith-dommen<sup>108</sup> (som i juridisk teori blitt kritisert for å gå for langt i å avvise gjennomskjæring) uttaler Banoun:

*”et krav om åpenbar motstrid med formål vil kunne sette snevre rammer for gjennomskjæring og vil ikke gi omgåelsesregelen større slagvidde enn alminnelige tolkningsprinsipper. Flertallets avgjørelse i Zenith kan kritiseres på dette grunnlag.”*<sup>109</sup>

---

<sup>104</sup> Ot.prp. nr. 16 (1991–1992) s. 38–47.

<sup>105</sup> Liland (2010) s. 22.

<sup>106</sup> Banoun (1998) s. 176 og Banoun (2003) s. 333.

<sup>107</sup> Banoun (1998) s. 176 og Banoun (2003) s. 333.

<sup>108</sup> Rt. 1997 s. 1580.

<sup>109</sup> Banoun (2003).

Hun avslutter sin drøftelse med at dette ikke røkkes ved de krav legalitetsprinsippet stiller til en spesifikk lovforankring for beskatning.

Også Aarbakke synes å mene at det må foretas en vurdering på et mer generelt grunnlag når han knytter vurderingen opp til ”det grunnlag skattelovgivningen bygger på”. Han fremhever at han ikke bare sikter til allmenne prinsipper, men også skattepolitiske hensyn som er angitt i lovforarbeider eller andre kilder til den aktuelle lovbestemmelse.<sup>110</sup>

Etter Lilands oppfatning må både Banoun og Aarbakke forstås dit hen at vurderingen må skje med utgangspunkt i en eller flere konkrete angitte lovbestemmelser.<sup>111</sup> En annen tolkning vil etter Lilands syn være vanskelig å forene med Banouns uttalelse om at dette ikke vil røkke ved legalitetsprinsippet krav om spesifikk lovforankring.<sup>112</sup> Etter mitt syn er det vanskelig å forene Banouns og Aarbakkens uttalelser med Lilands oppfatning. Slik jeg oppfatter uttalelsene, reises det nettopp kritikk til synspunktet at vurderingen må foretas med utgangspunkt i en eller flere konkrete angitte lovbestemmelser.

For min vurdering legges til grunn at det ved vurderingen av om det vil være i strid med skattereglenes formål å la fradragsretten for rentebetalinger til utlandet på konserninterne lån få skatterettslig virkning etter sitt innhold, må tas utgangspunkt i formålet med reglene om rentefradrag og reglene om konsernbidrag, jf. Dyvi-dommen og en lang rekke høyesterettsdommer.

#### 4.3.2 Strider fradragsretten for norske holdingselskapers rentebetalinger til utlandet på konserninterne lån mot rentefradragsreglens formål?

Spørsmålet er hvorvidt disposisjoner som nevnt under punkt 4.1.4 strider mot formålet bak regelen om fradrag for gjeldsrenter i skatteloven § 6-40 første ledd.

---

<sup>110</sup> Ot.prp. nr. 16 (1991–1992) s. 38–47.

<sup>111</sup> Liland (2010) s. 23.

<sup>112</sup> Liland (2010) s. 22–23.

#### 4.3.2.1 Nærmere om skatteloven § 6-40

Etter skatteloven § 6-40 er ”renter av skattyters gjeld” alltid fradragsberettiget, uavhengig av til hvilket formål gjelden er pådratt. Fradragsretten etter sktl. § 6-40 innebærer dermed en utvidelse av fradragsretten etter sktl. § 6-1 som gir fradrag for kostnader tilknyttet inntekt eller inntektsskapende aktivitet.<sup>113</sup> Denne generelle fradragsretten har vært uendret siden 1882. Etter bestemmelsens sjette ledd gis det *”ikke fradrag for rente av gjeld til utenlandsk fordringshaver hvis rentekostnaden ikke dokumenteres på den måten departementet har bestemt.”* Noe slikt dokumentasjonskrav har Finansdepartementet imidlertid aldri gitt. Rentebetalinger til utlandet pålegges ikke kildeskatt, og andre norske regler som uttrykkelig regulerer lån på tvers av landegrensene, finnes ikke. Rentebetalinger på lån til utlandet er således underlagt de samme regler som rentebetalinger på lån til långivere i Norge.<sup>114</sup>

Fradragsretten for renter på lån ble drøftet av lovgiver i forbindelse med innføringen av fritaksmodellen. Bemerkningene knytter seg til situasjoner som i stor grad ligner de konserninterne lånene fra utlandet ved at det kan bli tale om fradrag for gjeldsrenter som ikke benyttes til finansiering av skattepliktig inntekt. Likevel valgte lovgiver å holde fast ved det grunnleggende prinsipp i norsk skatterett om fradragsrett for renter på lån, uavhengig av om rentekostnaden er pådratt for å generere en skattepliktig inntekt eller ikke:

*”Det følger av skatteloven § 6-40 at gjeldsrenter kan føres til fradrag løpende, uavhengig av om det foreligger tilknytning til skattepliktig inntekt eller ikke.*

...

*Skatteloven § 6-40 innebærer at selskaper vil ha fradragsrett for gjeldsrenter som knytter seg til skattefrie aksjeinntekter, typisk fordi lånebeløpet er anvendt til oppkjøp av eller innskudd i det underliggende selskapet. Som regel vil lånebeløp som skytes inn*

---

<sup>113</sup> Zimmer (2009a) s. 174.

<sup>114</sup> Liland (2010) s. 30–31.

*som egenkapital i norsk underliggende selskap bli anvendt til finansiering av skattepliktig virksomhet i dette selskapet, eventuelt i norsk selskap lenger ned i eierkjeden. Dersom selskapet i en slik situasjon nektes fradragsrett for gjeldsrentene kan skattereglene favorisere finansiering av det underliggende selskapet med lånekapital fremfor (lånefinansiert) egenkapital. Bakgrunnen er at renter på låneopptak i det underliggende selskapet vil gi rett til fradrag, i motsetning til hva som vil være tilfelle for renter på lån til finansiering av egenkapitalinnskudd i det underliggende selskapet. Departementet legger derfor til grunn at skatteloven § 6-40 må videreføres for rentekostnader som knytter seg til aksjeinntekter fra norske selskaper.”<sup>115</sup>*

Bakgrunnen for at lovgiver med åpne øyne opprettholdt den generelle fradragsretten var blant annet at det ikke er ønskelig med en forskjellsbehandling av ekstern lånefinansiering fremfor finansiering gjennom (lånefinansiert) egenkapital internt i konsernet. Et skille mellom kapital som anvendes til finansiering av skattepliktig inntekt og kapital som ikke gjør det, forutsetter at man må ta stilling til formålet med ulike lån. En slik løsning vil være retts teknisk vanskelig.<sup>116</sup>

Også opprettholdelse av privatpersoners rett til rentefradrag uavhengig av om utgiftene er brukt til investeringer som gir skattefrie inntekter eller utelukkende er brukt til forbruk, er et tilsvarende bevisst valg fra lovgiver.<sup>117</sup> For eksempel gis det i dag skattefradrag til privatpersoner som tar opp lån for å finansiere ferieturer til sydligere strøk. Videre gis det fradrag for gjeldsrenter til de som kjøper bolig nr. 2, 3, 4 og 5 i forsøk på å komme unna formuesskatt.<sup>118</sup> Selv lån som pådras for å erverve utenlandske datterselskaper gir fradrag for gjeldsrenter – også i de tilfeller hvor utbytter er skattefrie og datterselskaperens inntekter kun skattlegges i utlandet.

---

<sup>115</sup> Ot.prp. nr. 1 (2004–2005) s. 63–64.

<sup>116</sup> Liland (2010) s. 31.

<sup>117</sup> Liland (2010) s. 31.

<sup>118</sup> Mikalsen (2012).

Etter norsk rett har vi hva Liland kaller en ”åpen låvedør” for fradragsrett for gjeldsrenter.<sup>119</sup> Denne generelle fradragsregelen uten nærmere regulerte begrensninger taler for at fradrag for konserninterne lån fra utlandet ikke er i strid med formålet bak sktl. § 6-40.

#### 4.3.2.2 Rettspraksis

Så vidt vites er det ikke avsagt noen avgjørelser hvor domstolen har tatt stilling til hvorvidt rentefradrag på konserninterne lån fra utlandet er illojalt eller i strid med sktl. § 6-40. I rettspraksis finnes imidlertid eksempler på at tilfeller som omhandler fradrag for konserninterne lån der både kreditor og debitor i låneforholdet er norske.

Et eksempel er Lyse Energi AS<sup>120</sup> som ble etablert ved en omorganisering i kraftbransjen i Rogaland. Selskapet var eid av en rekke kommuner og hadde et overkursfond på tre milliarder kroner. Det var enighet om at det skulle etableres et ansvarlig lån fra kommunene til selskapet på samme beløp. Poenget var å skaffe selskapet fradragsrett for gjeldsrentene etter sktl. § 6-40, samtidig som kommunene ikke var skattepliktig for renteinntektene med hjemmel i sktl. § 2-30 første ledd bokstav c, jf. § 2-5 annet ledd. Lånet skulle etableres ved en kapitalnedsettelse med utbetaling av overkursfondet, samtidig som beløpet ble lånt ut til Lyse Energi AS. I forbindelse med etableringen av lånet ble det imidlertid gjort en feil av selskapets advokat, som ikke sørget for at kapitalnedsettelsen med tilbakebetaling til aksjonærene fulgte reglene i aksjeloven § 12-6. Dette ble oppdaget så sent at fristen for omgjøring var oversittet, hvilket innebar at kapitalnedsettelsen falt bort og selskapet ble nektet fradrag for rentebetalingene i 1999 og 2000. Kommunen hevdet forgjeves at kapitalen i realiteten var gjeldsrenter. Når gjeldsforpliktelsen ikke ble etablert før i 2001, kunne det ikke avtales renteplikt med tilbakevirkende kraft fra et tidspunkt før

---

<sup>119</sup> Liland (2010) s. 33.

<sup>120</sup> Rt. 2007 s. 306.

lånet ble ytet. Videre krevde kommunen erstatning fra selskapet som følge av advokatens forsømmelse. Heller ikke dette fikk selskapet medhold i.<sup>121122</sup>

Interessant er at det ikke på noe tidspunkt forelå tegn til at skattemyndighetene hadde tenkt til å angripe konstruksjonen. Da kapitalnedsettelsen senere ble gjennomført på lovlig måte ble fradraget for gjeldsrenter uten videre godkjent. Fradrag på flere hundre millioner ble således ikke ansett stridende mot formålet i sktl. § 6-40. Tilfellet er ikke helt sammenlignbart med mitt tilfelle ettersom långiver i dette tilfellet var norsk. En ulik behandling av tilfellene begrunnet i hvor kreditor i låneavtalen er plassert, vil antagelig være i strid med EØS-avtalen, jf. punkt 2.3. Kreditors plassering bør derfor ikke være avgjørende, og dommen kan tale for at heller ikke rentefradrag for konserninternt lån fra utlandet vil være i strid med formålet bak sktl. § 6-40.

En annen dom (lagmannsrettsdom) viser imidlertid at den ulovfestede omgåelsesnormen kan være anvendelig. Utv. 2010 s. 781 (Exxonmobil Exploration and Production Norway AS, ESSO) gjaldt et morselskap som tok opp lån og brukte beløpet som egenkapitalinnskudd i et datterselskap. Morselskapet var et petroleumsskattepliktig selskap, mens datterselskapet var underlagt ordinær-beskatning. Datterselskapet lånte så midlene videre til uavhengige parter. Datterselskapets renteinntekter ble dermed beskattet med 28 % mens morselskapet oppnådde et rentefradrag på 78 % Lagmannsretten uttalte:

*”Lagmannsretten legger til grunn at det skal ”særs mye til” for å gjennomføre skattemessig gjennomskjæring i forhold til sjablonmessige skatteregler av den art som denne saken gjelder, jf. Rt-2008-1537 avsnitt 67. Det må legges til grunn at mange av sokkelselskapene til enhver til har tilpasset seg lovgivningen ved valg av kapitalstrukturer, noe som skattemyndighetene har akseptert.”<sup>123</sup>*

---

<sup>121</sup> Zimmer (2008) s. 322 – 323.

<sup>122</sup> Rt. 2007 s. 306.

<sup>123</sup> LB2007-190558 (Utv. 2010 s. 781).



Likevel kom retten til at det forelå slike særlige grunner som tilsa gjennomskjæring. Begrunnelsen knyttet seg til at en måtte se bort fra datterselskapet som mellomledd og vurdere arrangementet som om det var ytet direkte fra morselskapet.<sup>124</sup> Etter lagmannsrettens oppfatning hadde låneforholdet ”ingen selvstendig forretningsmessig egenverdi og var i det vesentlige bare skatterettslig motivert.”<sup>125</sup>

Dommen viser at gjennomskjæringsregelen kan være anvendelig for å nekte selskap B fradrag for gjeldsrenter der det ikke foreligger noen forretningsmessige motiver bak dette selskapet.

Hvorvidt selskap B har forretningsmessig egenverdi, kan ikke besvares generelt, men vil bero på de konkrete omstendigheter i den enkelte sak. I tilfeller hvor eneste formål med opprettelsen av selskap B er å utnytte de gunstige reglene om fradrag for gjeldsrenter, vil selskap B utgjøre et unødvendig mellomledd som i det vesentlige bare er skatterettslig motivert. I slike tilfeller vil man antagelig se bort fra selskap B og vurdere arrangementet som om selskap C var kjøpt direkte av selskap A.

Legger en derimot til grunn at selskapet har forretningsmessig egenverdi, kan konstruksjonen ikke rammes av en omgåelse fordi skattyteren har valgt det alternativet som gir lavest skatt.<sup>126</sup> Dersom skattyter for eksempel kan godtgjøre at selskap B var opprettet hovedsakelig for å oppnå de to motivasjonene nevnt under punkt 4.2.3 kan selskap B neppe anses som et unødvendig mellomledd. Både ønsket om en hensiktsmessig kapitalstruktur og tilpasning til utenlandske skatteregler forutsetter opprettelsen av selskap B.

Et tilsvarende resultat kunne konsernet oppnådd for eksempel gjennom et innmatkjøp fra selskap C fremfor å kjøpe aksjene i selskapet. At selskap B kunne oppnådd (nesten) det

---

<sup>124</sup> Jenssen (2011) s. 153.

<sup>125</sup> Utv. 2010 s. 781.

<sup>126</sup> Zimmer (2009a) s. 69.

samme på en annen og uangripelig måte, taler mot av skattyter har fått en urimelig fordel som må rammes av omgåelsesnormen.<sup>127</sup> I slike tilfeller må det klart at skattyter står fritt til å velge det alternativet som gir lavest skatt:

*”Borgerne har i tilfeller hvor de står overfor valgmuligheter som gir forskjellige skatte- eller avgiftsmessige konsekvenser, ikke plikt til å velge det alternativ som gir høyest skatt eller avgift. Så lenge det alternativ som blir valgt, er reelt og ikke fremstår som forretningsmessig unaturlig, er det fullt lovlig å innrette seg slik at skatten eller avgiften blir lavest mulig.”*<sup>128</sup>

#### 4.3.2.3 Svensk rettspraksis

Sveriges høyeste forvaltningsdomstol (Högsta förvaltningsdomstolen) har i tre saker tatt stilling til spørsmålet om gjennomskjæring i tilfeller med klare paralleller til spørsmålet om norske selskaper skal innrømmes fradrag for rentebetalinger til utlandet på konserninterne lån. I to av sakene har svenske skattemyndigheter kommet til at gjennomskjæring ikke kan foretas, til tross for at Sverige har en lovfestet gjennomskjæringsregel i skatteflyktslagen. I den tredje saken kom skattemyndighetene til at rentene ikke kunne avskjæres med den begrunnelse at skatteflyktslagen på det tidspunkt rettshandlingen fant sted ikke var trådt i kraft.<sup>129</sup>

I den første saken<sup>130</sup> ba en svensk kommune Skatterättsnämnden om en forhåndsuttalelse i forbindelse med at kommunen vurderte å etablere et selskapsrettslig konsern ved å overføre aksjene i eksisterende datterselskaper til et nystiftet morselskap som skulle ligge mellom kommunen og datterselskapene. Morselskapets erverv skulle finansieres gjennom rentebærende gjeld til kommunen. Forutsatt at virksomheten ble drevet av kommunen direkte, var kommunen skattefri for sine inntekter, også virksomhetsinntekter.

---

<sup>127</sup> Rt. 2008 s. 1510.

<sup>128</sup> Rt. 2008 s. 1510 avsnitt 62.

<sup>129</sup> Liland (2010) s. 42–45.

<sup>130</sup> Skatterättsnämndens förhandsbesked den 7. november 2007.

Datterselskapene skulle være operative selskaper, mens morselskapets eneste virksomhet skulle være forvaltning av aksjene i datterselskapene. Ved å etablere konsernstruktur kunne morselskapets rentebetalinger til kommunen finansieres gjennom konsernbidrag fra de operative datterselskapene. Et av spørsmålene for Skatterättsnämnden var om det var grunnlag for gjennomskjæring.

Utgangspunktet for vurderingen var skatteflyktslagen § 2, Sveriges lovfestede generalklausul mot omgåelse. I forhåndsuttalelsen er bestemmelsen formulert slik:

*”Enligt 2 § skatteflyktslagen skall vid taxering till bland annat statlig inkomstskatt hänsyn ej tas till rättshandling, om*

- 1. rättshandlingen, ensam eller tillsammans med annan rättshandling, ingår i ett förfarande som medför en väsentlig skatteförmön för den skattskyldige,*
- 2. den skattskyldige direkt eller indirekt medverkat i rättshandlingen eller rättshandlingarna,*
- 3. skatteförmånen med hänsyn till omständigheterna kan antas ha utgjort det övervägande skälet för förfarandet och*
- 4. en taxering på grunsval av förfarandet skulle strida mot lagstiftningens syfte som det fremfår av skattebestämmelsernas allmänna utforming och de bestämmelser som är direkt tillåmpliga eller har kringgåts genom förfarandet.”*

I forarbeidene til bestemmelsen heter det:

*”För att skatteflyktsklausulen skall kunne tillämpas bör således krävas att skatteförmånen vid en objektiv betraktelse väger tyngre än samtliga övriga skäl som den skattskyldige har för sitt handlande”.<sup>131</sup>*

Skatterättsnämnden konstaterte at det hovedsakelige formålet med etableringen av konsernstrukturen var å oppnå en skattefordel, men konkluderte likevel med at etableringen

---

<sup>131</sup> SOU 1996: 44 side 135–136.

ikke var i strid med ”lagstiftningens syfte” (regelverkets formål). Forhåndsuttalelsen ble påklaget til Högsta förvaltningsdomstolen, men ble i avgjørelse av 19. desember 2001 ikke tatt til følge under henvisning til Skatterättsnämndens vurderinger.<sup>132</sup> De to øvrige sakene<sup>133</sup> behandles ikke nærmere her.

Tross hjemmel for gjennomskjæring, kom altså svenske domstoler til at denne ikke var anvendelig på konserninterne gjeldskonstruksjoner, men at slike begrensninger burde gjennomføres ved lovgivning. Som det fremgår av bestemmelsen og forarbeidene ovenfor, er vurderingstemaet etter skatteflyktslagen i stor grad likt som den ulovfestede gjennomskjæringsregel. Svenske avgjørelser kan derfor ha en viss vekt også for avgjørelser etter norsk rett.<sup>134</sup>

#### 4.3.2.4 Sammenfatning

Etter min oppfatning er det vanskelig å finne holdepunkter for at rentefradrag på konserninterne lån er i strid med formålet bak den generelle fradragsretten for gjeldsrenter i tilfeller hvor selskap B ikke anses som unødvendig mellomledd. Dette særlig fordi forarbeidene viser at lovgiver er klar over asymmetrien som kan oppstå ved rentefradrag for ikke skattepliktig inntekt, men likevel med åpne øyne har valgt å opprettholde en regel som gir ubegrenset fradrag for gjeldsrenter.

#### 4.3.3 Strider fradragsretten mot formålet bak konsernbidragsreglene?

##### 4.3.3.1 Innledning

Vurderingen av om de konserninterne gjeldskonstruksjonene er i strid med formålet bak konsernbidragsreglene reiser to problemstillinger. For det første hvorvidt det strider mot konsernbidragsreglene at det norske selskap C innrømmes fradrag for konsernbidrag avgitt

---

<sup>132</sup> RÅ 2001 ref. 79.

<sup>133</sup> RÅ 2007 ref. 84 og RÅ 2007 ref. 85.

<sup>134</sup> Liland (2010) s. 44–45.

til det lånefinansierte norske selskapet B. For det andre hvorvidt betalingene på lånet fra selskap B til A i realiteten er et konsernbidrag til utenlandsk konsernselskap.<sup>135</sup>

4.3.3.2 Strider det mot konsernbidragsregelens formål om et norsk selskap med operativ virksomhet innrømmes fradrag for konsernbidrag til et norsk lånefinansiert selskap?

Det første spørsmålet er hvorvidt det vil stride mot konsernbidragsreglene formål at selskap C innrømmes fradrag for konsernbidrag som det mottakende selskap B avregner mot underskudd som følge av rentebetalingene til A.

Formålet med konsernbidragsreglene er i Ot.prp. nr. 16 (1979–1980) s. 6–7 sammenfattet slik:

*”Departementet antar at det bør gis regler for beskatning av konserner, med sikte på en skattemessig behandling av konserner som er mer i overensstemmelse med den skattemessige behandlingen av fusjonerte selskaper. Konsernene bør gis anledning til å avregne overskudd i enkelte selskaper mot underskudd i andre selskaper. Derved kommer bare nettoinntekt beregnet på konsernbasis til beskatning.(...)Etter departementets mening bør skattereglene også gi konserner adgang til å foreta avsetninger og investeringer i det selskap hvor dette ut fra en forretningsmessig vurdering er mest ønskelig.”*<sup>136</sup>

Formålet med konsernbidragsreglene i sktl. §§ 10-2 og 10-13 er altså å gi selskaper innenfor samme konsern anledning til å utjevne inntektsforskjeller ved at bidraget er fradragsberettiget hos giveren og skattepliktig hos mottakeren, samt foreta investeringer i det selskap der dette er mest attraktivt. Etter mitt syn er vanskelig å se at fradrag for et konsernbidrag fra selskap C til B skal være i strid med dette formålet. Dette må gjelde selv om selskap C får skattefordelen av underskuddet opparbeidet i selskap B. Ved

---

<sup>135</sup> Se Liland (2010) s. 38 for lignende fremstilling.

<sup>136</sup> Ot.prp. nr. 16 (1979–1980) s. 6–7.

konsernbidraget oppnår selskapene nettopp det konsernbidragsreglene har for øyet - adgang til å avregne selskap Cs overskudd mot selskap Bs underskudd.

Det samme synspunkt er lagt til grunn i Dyvi-dommen inntatt i Rt. 2012 s. 1888. Saken gjaldt kjøp av aksjene i et aksjeselskap med to datterselskap som de vesentlige aktiva, som hadde et betydelig akkumulert fremførbart underskudd. I de følgende år etter transaksjonen ble underskuddet avregnet mot konsernbidrag fra andre selskaper innen kjøperselskapets konsern. Skatt øst nektet selskapene rett til fradrag som følge av de tidligere underskuddene i medhold av den ulovfestede gjennomskjæringsregelen, og ila tilleggskatt etter den strengeste sats på 60 %. Skatteetaten tapte saken i alle tre instanser og ligningen ble opphevet. Selv om skatteposisjonen var en sentral motivasjonsfaktor ved kjøpet, var fradragene ikke i strid med formålene bak konsernbidragsreglene.

For Høyesterett ble det av staten anført at lovgivers forutsetning med konsernbidragsreglene er at bare det skattesubjekt som har oppebåret underskuddet skal kunne utnytte det. Ettersom det var tidligere eier – DnB – som hadde båret tapet som ga grunnlag for underskuddet, mente staten at det ville det stride mot konsernbidragsreglenes formål at Dyvi-konsernet nyttiggjorde seg det. Til dette uttalte førstvoterende:

*”Det er ikke riktig – slik staten hevder – at fradrag i tilfelle vil bli gjort i inntekten til et annet selskap enn det som har opparbeidet underskuddet. Underskuddet er opparbeidet i Salko AS/Dyvi Eiendom AS og ført til fradrag i dette selskapets inntekter. Riktignok har skattefordelen kommet de selskaper i konsernet til gode som har ytt konsernbidrag. Men dette er et resultat av reglene om konsernbidrag og i samsvar med reglenes formål – å gå selskaper innenfor samme konsern adgang til å utjevne inntektsforskjeller.”<sup>137</sup>*

At skattefordelen kommer det selskap til gode som har ytt konsernbidrag er således ikke i strid med reglenes formål. Etter mitt syn må dette gjøre seg gjeldende med enda større

---

<sup>137</sup> Rt. 2012 s. 1888 (Utv. 2012 s. 1) avsnitt 59.

tyngde for vårt tilfelle, ettersom det her ikke er tale om en aksjeoverdragelse og dermed ikke overføring av fradragsretten til andre subjekter.

Konklusjonen må bli at fradrag for konsernbidrag fra selskap C til B ikke strider mot formålet bak konsernbidragsreglene.

4.3.3.3 Kan det norske selskapets rentebetalinger til utlandet anses som ikke-fradragsberettiget konsernbidrag til utenlandsk konsernselskap?

Spørsmålet er hvorvidt rentebetalingene til det utenlandske selskap A må anses som ikke-fradragsberettiget konsernbidrag direkte fra selskap C.

Skatteloven inneholder ingen legaldefinisjon av konsernbidrag. I Ot.prp. nr. 16 (1979–1980) s. 11 defineres konsernbidrag som ”ytelser av økonomisk karakter der yteren ikke betinger seg noe særskilt vederlag. Ytelsen kan bestå i umiddelbar overføring av penger eller andre formuesverdier, for f.eks. driftsmidler. Men det vil være tilstrekkelig at giveren påtar seg å betale et bestemt beløp til mottakeren på et senere tidspunkt.” Konsernbidrag innebærer altså en vederlagsfri overføring av midler fra det giverselskap til mottakerselskap.

Hva gjelder kapitaloverføringen til morselskap A, overføres ikke disse vederlagsfritt, men utgjør nettopp vederlag for lån ytt til ervervelse i av aksjene i selskap C. Det er derfor lite nærliggende å si at rentebetalingene må anses som ikke-fradragsberettiget konsernbidrag til utenlandsk konsernselskap.<sup>138</sup>

Konklusjonen må bli at de konserninterne gjeldskonstruksjonene ikke er i strid med formålet bak konsernbidragsreglene.

---

<sup>138</sup> Liland (2010) s. 38.

#### 4.3.4 Grunnlag for å behandle etterfølgende reorganisering ulikt?

For totalvurderingen i den ulovfestede gjennomskjæringsnormen er det vanskelig å finne noe i lovgivning, rettspraksis eller juridisk teori som indikerer at en etterfølgende reorganisering skal behandles annerledes enn et direkte oppkjøp. Dette gjelder både i forhold til formålet bak gjeldsrentefradraget og formålet bak konsernbidragsreglene. Tilfellet ville imidlertid ligge nærmere situasjonen i Dyvi-dommen<sup>139</sup>, men også i dette tilfellet ble ligningen opprettholdt.

Et annet spørsmål er imidlertid hvorvidt en reorganisering kan rammes av den lovfestede gjennomskjæringsreglen i sktl. § 14-90.

#### 4.4 Forholdet til skatteloven § 14-90

##### 4.4.1 Er sktl. § 14-90 anvendelig?

Ettersom en etterfølgende reorganisering innebærer en aksjeoverdragelse av selskap C fra selskap A til B, oppstår spørsmålet om transaksjonen kan rammes av den spesielle gjennomskjæringsregelen i skatteloven § 14-90. Bestemmelsen hjemler bortfall eller oppgjør av skatteposisjoner ved skattemotiverte transaksjoner. For at bestemmelsen skal få anvendelse må følgende vilkår være oppfylt: for det første må selskapet ha en skatteposisjon som ikke har tilknytning til eiendel eller gjeldspost. For det annet må selskapet være part i omorganisering etter skattelovens kapittel 11, eller få endret eierforhold som følge av slik omorganisering eller annen transaksjon. For det tredje må det være sannsynlig at utnyttelse av skatteposisjonen er det overveiende motiv for transaksjonen.

Det er klart at selskap C får endret eierforhold som følge av aksjeoverdragelsen fra selskap A til B. Hvorvidt utnyttelse av en skatteposisjon er det overveiende motiv for transaksjonen, kan ikke besvares generelt, men vil på samme måte som for grunnvilkåret i

---

<sup>139</sup> Rt. 2012 s. 1888.



den ulovfestede gjennomskjæringsreglen, bero på konkrete omstendigheter. Terskelen for bruk av bestemmelsen antas imidlertid å ligge noe lavere enn for bruk av ulovfestet gjennomskjæring.<sup>140</sup> Spørsmålet er hvorvidt overskuddet i selskap C utgjør en ”skatteposisjon” i bestemmelsens forstand.

Lovteksten er utgangspunktet for bestemmelsens rekkevidde. Lovens ordlyd taler for at enhver skatteposisjon uten tilknytning til eiendel eller gjeld i utgangspunktet må omfattes. I litteraturen er begrepet ”skatteposisjon” definert som en *”bestemt skattyters stilling etter en bestemt skatteregel på et gitt tidspunkt”*<sup>141</sup>. Begrepet favner vidt.

Av forarbeidene følger at både skatteposisjoner som representerer skattefordeler og posisjoner som representerer skatteforpliktelser kan være gjenstand for skattemotivert overdragelse. Som eksempel på posisjoner som representerer skattefordeler nevner forarbeidene fremførbart underskudd, negativ gevinst- og tapskonto og tom positiv saldo. Positiv gevinst- og tapskonto og tom negativ saldo nevnes som typiske posisjoner som representerer skatteforpliktelser<sup>142</sup>. Videre følger det av forarbeidene at *”bestemmelsen gir grunnlag for å avskjære utnyttelsen av alle typer skatteposisjoner som ikke har tilknytning til særskilte eiendeler eller gjeldsposter”*, og at de nevnte eksempler bare representerer de vanligste generelle skatteposisjoner.<sup>143</sup>

Både ordlyden og forarbeidene åpner således for at enhver skatteposisjon kan falle inn under bestemmelsen, herunder overskudd.

Samtidig skiller overskudd seg fra andre skatteposisjoner som for eksempel underskudd fordi det mest interessante med underskudd er retten til fremføring, mens noe lignende ikke

---

<sup>140</sup> Ot.prp. nr. 71 (1995–1996).

<sup>141</sup> Zimmer (2009) s. 109.

<sup>142</sup> Ot.prp. nr. 1 (2004–2005) punkt 6.5.7.1.

<sup>143</sup> Ot.prp. nr. 1 (2004–2005) punkt 6.5.7.4.

finnes for overskudd. Overskudd som skatteposisjon er overhodet ikke nevnt i forarbeidene og så vidt vites er problemstillingen heller ikke behandlet i praksis. En tolkning av begrepet hvor alle tenkelig skatteposisjoner kan falle inn under bestemmelsen, vil medføre en uforutberegnelig rettstilstand for skattyter. Videre kan en slik tolkning være problematisk i forhold til legalitetsprinsippets hjemmelskrav. På tross av vid ordlyd, taler de beste grunner for en snever tolkning av begrepet, slik at selskap Cs overskudd ikke vil utgjøre en slik skatteposisjon som rammes av sktl. § 14-90.

## 5 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

### 5.1 Rettspolitiske betraktninger

Gjennomgangen viser at den asymmetriske skattemessige behandlingen av gjeld og egenkapital kombinert med (nærmest) ubegrenset rett til gjeldsrentefradrag bidrar til skattetilpasning gjennom konserninterne gjeldskonstruksjoner. Norsk skatterett inneholder flere regelsett for å korrigere disse gjeldsstrukturene. Den mest aktuelle hjemmelen er skatteloven § 13-1. Bestemmelsens generelle formulering og mangelen på lovregulering i øvrig regelverk skaper likevel et behov for nærmere lovfesting. Hva gjelder den ulovfestede gjennomskjæringsnormen finnes det i dag ingen klare eksempler fra norsk høyesterettspraksis på at regelen er anvendt for å korrigere konserninterne gjeldskonstruksjoner. Etter min oppfatning er det heller ikke grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring. Synspunktet bygger på at det er vanskelig å finne tilstrekkelig klare holdepunkter for at konstruksjonene ut fra en totalvurdering fremstår som stridende mot formålet bak reglene om fradrag for gjeldsrenter og reglene om konsernbidrag. Dette må gjelde også hvor det hovedsakelige formålet med konstruksjonene er å oppnå fradrag for gjeldsrenter samtidig som renteinntektene overhodet ikke, eller bare i liten grad skattlegges i finansieringsselskapets hjemland, såfremt selskap B ikke må anses som et unødvendig mellomledd.

Mange hensyn taler for en lovregulering av fradragsretten for gjeldsrenter ved konserninterne lån fra utlandet. Først og fremst hensynet til det norske skatteproveny. Som eksempelet under punkt 2.1 viser, er det uklart i hvilken grad fortjeneste skapt i Norge på noen måte kan skattlegges når selskaper benytter seg av konserninterne lån fra utlandet.

Videre er praksis vedrørende den ulovfestede omgåelsesnormen ikke vært entydig. Mange av sakene hvor omgåelse er aktuelt dreier seg om betydelige beløp. En uklar omgåelsesnorm medfører at saker lett anses prosedable og verdt å prøve for Høyesterett. I

tidsskriftet Skatterett er det de siste årene blitt skrevet flere artikler hvor det nærmere innholdet i omgåelsesnormen drøftes,<sup>144</sup> og det er blitt hevdet at Høyesterett i senere tid har forsterket usikkerheten fremfor å avklare den. Blant annet tillå Høyesterett skattyters subjektive motiver for transaksjonen i Telenor-dommen<sup>145</sup> større vekt enn i tidligere praksis. Uavhengig av hvilke metoder og prinsipper en legger til grunn for reguleringen, og hvor rettferdig eller riktig en synes disse er, vil klar lovregulering trolig spare samfunnet og skattyter for betydelige prosesskostnader. Hensynet til forutberegnelighet og effektivitet taler derfor for lovfestede regler.

Hensynet til likhet og rettferdighet taler også for en regel som sørger for at økonomisk sett like tilfeller i størst mulig utstrekning behandles likt. Slik rettskildesituasjonen er i dag, er konkurransevilkårene ulike for de internasjonale virksomheter og de nasjonale som ikke har samme tilpasningsmuligheter.

At også Finansdepartementet mener at det er behov for tiltak som retter seg spesifikt inn mot skatteplanlegging ved hjelp av rentefradrag, ble bekreftet i en pressemelding 1. februar i år. Den 15. mars ble det oppnevnt et offentlig skatteutvalg for å vurdere den norske selskapsbeskatningen i lys av den internasjonale utviklingen<sup>146</sup>. Ekspertutvalget skal avgi sin rapport innen 15. oktober 2014. Etter Finansdepartementets syn er behovet for tiltak imidlertid så klart at det er ønskelig å innføre regler allerede før skatteutvalgets anbefalinger foreligger. Forslag om begrensning av fradrag for renter i interessefellesskap ble sendt på høring 11. april 2013.<sup>147</sup>

---

<sup>144</sup> Se blant annet Folkvord (2007) s. 293–300, Zimmer (2007) s. 2–13 og Matre (2012) s. 1–2.

<sup>145</sup> Rt. 2006 s. 1232.

<sup>146</sup> Finansdepartementets pressemelding 15. mars 2013.

<sup>147</sup> Finansdepartementet (2013).

## 5.2 Finansdepartementets forslag til ny lovregulering

I Finansdepartementets høringsnotat er det foreslått innføring av en ny bestemmelse i skatteloven § 13-2. Bestemmelsen skal begrense fradrag på lån mellom nærstående parter (interne renter), likevel slik at renter på visse lån til eksterne parter omfattes. Det skal innføres en øvre grense for fradrag for rentekostnader på 25 % av en særskilt fastsatt resultatstørrelse, likevel slik at rentebegrensning ikke skal foretas dersom samlede netto rentekostnader er lavere enn 1 million kroner. Avskåret rentefradrag kan framføres til fradrag i de fem påfølgende inntektsårene.<sup>148</sup>

Både innenlandske og utenlandske kreditorer omfattes av reglene. Begrensningen vil således også gjelde i rene norske konserner. Selv om fradraget begrenses for debitor, vil renteinntektene fortsatt være fullt ut skattepliktige for kreditor. Dette kan skape utfordringer for rene norske konserner.

Høringsfristen er satt til 24. juni 2012.

---

<sup>148</sup> Finansdepartementets høringsnotat (2013).

## 6 LITTERATURLISTE

### **Lover**

Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) nr. 14 av 26. mars 1999.

Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) nr. 44 av 13. juni 1997.

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) nr. 109 av 27. november 1992.

### **Forarbeider og etterarbeider**

NOU 2009:4	<i>Tiltak mot skatteunndragelser.</i>
Ot.prp. nr. 62 (2006–2007)	<i>Om lov om endringer i skattelovgivningen (internprising).</i>
Ot.prp. nr. 1 (2005–2006)	<i>Skatte- og avgiftsopplegget 2006 – lovendringer.</i>
Ot.prp. nr. 55 (2005–2006)	<i>Om lov om endringer i aksjelovgivningen mv.</i>
Ot.prp. nr. 1 (2004–2005)	<i>Skatte- og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer.</i>
Ot.prp. nr. 1 (2001–2002)	<i>Skatte- og avgiftsopplegget 2002 – lovendringer.</i>
Ot.prp. nr. 16 (1991–1992)	<i>Oppfølging av skattereformen 1992.</i>

Ot.prp. nr. 16 (1979–1980)

*Om lov om endringer i lov av 19. juni 1969 nr. 71 om særregler for skattelegging av aksjeselskaper og aksjonærer og lov om endringer i lov av 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper.*

Ot.prp. nr. 26 (1980–1981)

*Om lov om endringer i lov nr. 8 av 18. august 1911 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) m v.*

### **Norsk rettspraksis**

#### Høyesterettsdommer

Rt. 2012 s. 1888 (Utv. 2012 s. 1).

Rt. 2008 s. 1510 (Utv. 2008 s. 1749.)

Rt. 2007 s. 306 (Utv. 2007 s. 542).

Rt. 2007 s. 209 (Utv. 2007 s. 512).

Rt. 2006 s. 1232 (Utv 2006 s. 1416).

Rt. 2004 s. 1331.

Rt. 2002 s. 456 (Utv. 2002 s. 639) (Hydro Canada).

Rt. 1940 s. 598.

#### Lagmannsrettsdommer

LB-2003-11771 (Utv. 2004 s. 685).

LB-2007-190558 (Utv. 2010 s. 781).

#### Uttalelser mv. i skattesaker og skattespørsmål

Lovavdelingens uttalelse av 12.3.2007 (JDLOV-2006-7438).

Utv. 1997 s. 895 FIN.

### **Internasjonale rettskilder**

OECD Mønsteravtale

<http://www.oecd.org/tax/treaties/1914467.pdf> (26. mars 2013).

OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations  
[http://www.svcmscentral.com/SVsitefiles/nlc/contenido/doc/fe29c2\\_OECD%20TP%20Guidelines%20June%202010.pdf](http://www.svcmscentral.com/SVsitefiles/nlc/contenido/doc/fe29c2_OECD%20TP%20Guidelines%20June%202010.pdf) (27. februar 2013).

OECDs rapport “Addressing Base Erosion and Profit Shifting”  
<http://www.oecd.org/tax/beps.htm> (19. april 2013).

Utenlandske forarbeider og etterarbeider  
SOU 1996: 44

Avgjørelser fra EF- og EFTA-domstolen  
Sak C-321/00 Lankhorst-Hohorst  
Sak C-311/97 Royal Bank of Scotland  
Sak E-1/04 Fokus Bank

Svensk rettspraksis  
RÅ 2007 ref. 85  
RÅ 2007 ref. 84  
RÅ 2001 ref. 79.  
RÅ 1953 ref. 10

Svenske uttalelser mv. i skattesaker og skattespørsmål  
Skatterettsnemndenes förhandsbesked den 7. november 2007

Kongresser  
Cahiers de droit fiscal international. *New Tendencies in the tax treatment of cross-border interest of corporations*. Vol. 93b, 2008, 62<sup>nd</sup> Congress of the International Fiscal Association.



## Litteratur

Andresen, Svein G. og Nyberg, Per Daniel. "Tynn kapitalisering – skattejakt uten kart." I: Revisjon og regnskap. (Nr. 06/2010) s. 56–63.

Banoun, Bettina. *Omgåelse av skattereglene: en studie av høyesterettspraksis*. 1. utg. Oslo, 2003.

Banoun, Bettina. "Overføring av skatteposisjoner – et kritisk blitt på Zenith-dommen." I Skatterett. Tidsskrift for skatt og avgift. (Nr. /1998) s. 164-188.

Bergin, Tom. (2012) *UK lawmakers slam Starbucks, Amazon and Google on Tax*.  
<http://www.reuters.com/article/2012/11/12/us-britain-tax-idUSBRE8AB0B520121112> (2. april 2013) (Sitert Bergin 2012a).

Bergin, Tom. (2012) *Special report: How Starbucks avoid taxes*.  
<http://www.reuters.com/article/2012/10/15/us-britain-starbucks-tax-idUSBRE89E0EX20121015> (2. april 2013) (Sitert Bergin 2012b).

Bjerkholt, Bård. "Frivilling skatt" I: Dagens Næringsliv. 30. januar 2013.

Carlsen, Knut Morten (red.). *Bedriftsbeskatning i praksis. Sentralskattekontoret for storbedrifter*. Bergen, 2012.

Folkvord, Benn. *Er skattemessig motivasjon et grunnvilkår for gjennomskjæring? Replik til Frederik Zimmers artikkel "Hva er vurderingstemaet i omgåelsessaker?"* I: Skatterett. Tidsskrift for skatt og avgift (04/2007) s. 293–300.

Gjems-Onstad, Ole. *Norsk Bedriftsskatterett*. 8. utg. Oslo, 2012.

Jenssen, Ove. *"Korrigerer av konserninterne gjeldsstrukturer."* I: Skatterett. Tidsskrift for skatt og avgift. (Nr. 02/2011) s. 139–154.

Kjørholt, Dag. *"Vil hindre internasjonal skattetriksing"* I: Dagsavisen. 25. januar 2013.

Kristoffersen, Arthur. *"Kost-pluss-metoden" til prising av konserninterne transaksjoner for skatteformål.* I: Utvalget for skattesaker (2010) s. 736–776.

Liland, Anders. *"Holdingselskapers rentebetalinger til utlandet på konserninterne lån – grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring?"* I: Skatterett. Tidsskrift for skatt og avgift. (Nr. 01/2010) s. 16-45.

Matre, Hugo P. *"Gjennomskjæring"* I Skatterett. Tidsskrift for skatt og avgift. (Nr. 01/2012) s. 1–2.

Matre, Hugo P. *Studier i det skatterettslige rentefradraget – med særlig sikte på hybridfinansiering av aksjeselskaper.* Bergen, 2011.

Mikalsen, Bjørn Egil. Dagens næringsliv 2012. *Det er skattefradrag for å låne penger til sydenturer.* <http://www.dn.no/eiendom/article2325590.ece> (14. april 2013).

Möllefors, Camilla (2013) *Kommissionen – Svenska ränteavdragsbegränsningsregler EU-stridiga?* <http://www.kpmg.com/SE/sv/kunskap-utbildning/nyheter-publikationer/nyhetsbrev/taxnews/taxnews-2013/Sidor/KPMGTaxNews32013-sv.aspx> (10. april 2013).

Naas, Henning et al. *Norsk internasjonal skatterett.* Oslo, 2011.

Sjåfjell, Beate. *"Kun til plunder og heft? – Forbudet mot selskapsfinansiering av aksjeerverv i den norske allmennaksjeloven § 8-10."* I: Nordisk Tidsskrift for Selskabsret. (1:2/2009) s. 116–145.

Skaar, Aage Arvid m.fl. *Norsk skatteavtalerett*. 1. utg. Oslo, 2006.

Sættem, Johan B. *Viktigere at vi gjør det vanskeligere å unndra skatt*. NRK 2013.  
<http://www.nrk.no/nyheter/norge/1.10883587> (9. april 2013).

Sætten, Johan B. og Tollesrud, Tore. *Også de største selskapene må betale skatt*. NRK 2013. <http://www.nrk.no/okonomi/--ogsa-de-storste-ma-betale-skatt-1.10978972>  
(sitert 10. april 2013).

Sørdal, Ulf og Hjertholm, Arne. *Tynn kapitalisering og Skatteetatens ønsketenkning. I: Revisjon og regnskap*. (Nr. 02/2011).

Viseth, Ellen. *Et tyveri fra fellesskapet* NRK 2013.  
<http://www.nrk.no/nyheter/norge/1.10883071> (9. april 2013).

Zimmer, Frederik. *"Bevis, rettsanvendelse, omgåelse, internprising: Forholdet mellom problemstillinger i skatteretten."* I: Skatterett. Tidsskrift for skatt og avgift. (Nr. 03/2012) s. 186–199.

Zimmer, Frederik i samarbeid med BAHR. *Bedrift, selskap og skatt*. 5. utgave. Oslo, 2010.

Zimmer, Frederik. *Lærebok i skatterett*. 6. utg. Oslo, 2009 (Sitert 2009a).

Zimmer, Frederik. *Internasjonal inntektsskatterett*. 4. utg. Oslo, 2009 (Sitert 2009b).

Zimmer, Frederik. "Høyesterettsdommen i skattesaker 2007" I: Skatterett. Tidsskrift for skatt og avgift. (Nr.04/2008) s. 302–342.

Zimmer, Frederik. "Hva er vurderingstemaet i omgåelsessaker?" I: Skatterett. Tidsskrift for skatt og avgift. (Nr. 01/2007) s. 2–13.

### **Internett**

Finansdepartementet. *Høringsnotat. Begrensning av fradrag for renter i interessefelleskap.* <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/aktuelt/nyheter/2013/horing--begrense-fradrag-for-gjeldsrente.html?id=722641> (sitert 12. april 2013).

Finansdepartementet. (2013) *Nytt offentlig skatteutvalg* <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/pressemeldinger/2013/nytt-offentlig-skatteutvalg.html?id=717804> (2. April 2013).

Finansdepartementet. (2013) *Ekspertutvalg skal vurdere selskapsretten.* Regjeringen.no; <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/aktuelt/nyheter/2013/ekspertutvalg-skal-vurdere-selskapsskatt.html?id=712613> (1. februar 2013).

### **Personlig meddelelse**

Graner, Jörgen. E-post 9. April 2013.

KPMG Stockholm Office.

### **Muntlig kilde**

Telefonsamtale med Anders Liland 4. april 2013 vedrørende grunnvilkåret i omgåelsesnормen.